Die Auswirkungen des § 2 Abs. II AOG auf die privatrechtlichen Ansprüche der Beschäftigten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Wilhelm Forell
in München.

1938.

Pilger-Druckerei G. m. b. H., Speyer a. Rh.

Hauptberichterstatter: Professor Doktor Alfred Hueck.
Mitberichterstatter: Professor Doktor Erwin Riezler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der Genehmigung: 30. Juni 1938.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

1. Abschnitt:

Wie und in welchem Umfang findet § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis Anwendung? 3

I. Der Streit um die unmittelbare Geltung des § 2 II AOG für das Arbeitsverhältnis 4

II. Die Fürsorgepflicht des Unternehmers aus § 2 II AOG als privatrechtliche Rechtspflicht 6

2. Abschnitt:

Wie verhält sich § 2 II AOG zu den bestehenden privatrechtlichen Bestimmungen? 11

I. Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft als Maßstab für die Anwendbarkeit bestehender privatrechtlicher Bestimmungen 11

II. Die Lehre Sieberts von der völligen Loslösung vom Bürgerlichen Gesetzbuch 12

III. Unanwendbare Vorschriften des BGB 13

IV. Die Ausweitung gesetzlicher Bestimmungen mit Hilfe des Fürsorgegedankens 21

3. Abschnitt:

Welche neuen, bisher noch nicht anerkannten Ansprüche ergeben sich aus § 2 II AOG? 25

I. Der Anspruch auf Beschäftigung 25

II. Der Anspruch auf Erholungsurlaub 28

III. Der Anspruch auf Gewährung einer Gratifikation und einer Pension 32

IV. Der Anspruch auf Erfüllung der dem Unternehmer durch die Sozialversicherung auferlegten Pflichten 35

V. Der Anspruch auf Auskunfterteilung 37

4. Abschnitt:

Wie verhält sich § 2 II AOG zu den Bestimmungen der Tarifordnung, Betriebsordnung und des Arbeitsvertrages? 40

I. Die Gültigkeit einer gegen den Fürsorgegedanken verstoßenden Bestimmung der Tarifordnung 40

II. Die Gültigkeit einer gegen den Fürsorgegedanken verstoßenden Bestimmung der Betriebsordnung und des Arbeitsvertrages 43

5. Abschnitt:

Die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls mit Hilfe des § 2 II AOG 45

6. Abschnitt:

Welche Bedeutung hat § 2 II AOG für die außervertraglichen Ansprüche der Beschäftigten? 48

I. Ansprüche gegen den Unternehmer 48

II. Ansprüche gegen den Führer des Betriebes 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548304_0208

Literaturverzeichnis:

A. Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften

Dersch	Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin 1934.
Dietz	Der verdrängende Stellvertreter des Betriebsführers. Festschrift für Heinr. Lehmann S. 271 ff. Berlin 1937.
Grussendorf	Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Eberswalde-Berlin.
Höhn	Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 14. Hamburg 1935.
Hueck	Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts. 1. Teil. 3.—5. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
Hueck-Nipperdey-Dietz	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. München-Berlin. 1. Aufl. 1934, 2. Auflage 1937.
Kaskel-Dersch	Arbeitsrecht. Berlin, 4. Auflage 1932.
Krohn-Zschimmer-Knoll-Sauerborn	Handkommentar zur Reichsversicherungsordnung. Berlin.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause	Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin, Leipzig, Mannheim, München 1934.
Molitor	Deutsches Arbeitsrecht. Leipzig 1938.
Molitor-Hueck-Riezler	Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.
Nikisch	Vom Arbeitsverhältnis. Festschrift für Heinrich Lehmann S. 285 ff. Berlin 1937.
Nipperdey	Die privatrechtliche Bedeutung der Arbeitnehmerschutzvorschriften. Festgabe für das Reichsgericht Bd. 4. Berlin-Leipzig 1929.
Landmann-Rohmer	Kommentar zur Gewerbeordnung II 2. München. 8. Auflage 1932.
Rössler	Der Führer des Betriebes. Jena 1935.
Schlüter-Wallichs	Deutsches und ausländisches Urlaubsrecht. Mannheim-Leipzig-Berlin 1930.
Siebert	Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Der deutsche Staat der Gegenwart. Heft 18. Hamburg 1935.
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II 2 9. Auflage 1928, II 3 9. Auflage 1929.

Wagner — Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages. Würzburg 1936.

B. Aufsätze in Zeitschriften:

Burchardt — Zur Frage der Auskunfterteilung des Arbeitsgebers über seinen früheren Arbeitnehmer. Deutsches Arbeitsrecht 1935 S. 27 ff.

Denecke — Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 219.

Dersch — Werdendes Arbeitsrecht. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht. 1935 S. 368 ff.

Dersch — Grundsätzliches über eine künftige Neugestaltung der Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht. 1935 S. 902 ff.

Dersch — Grundsätzliches über eine künftige Neuregelung der Zeugnisausstellung im Arbeitsrecht. Deutsches Arbeitsrecht 1936 S. 67 ff.

Dersch — Neuorientierung der Schadenshaftung aus Unrecht im Arbeitsverhältnis. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1936 S. 1033 ff.

Hueck — Das Problem des Betriebsrisikos im neuen Arbeitsrecht. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1935 S. 920 ff.

Hueck — Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1938 S. 298 ff.

Kreller — Zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes. Archiv für zivilistische Praxis 125 S. 1 ff.

Kreller — Fürsorge- und Treupflicht im Arbeitsrecht. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1938 S. 302 ff.

Lommel — Die Bedeutung des § 2 AOG für das Arbeitsschutzrecht. 1935 S. 307 ff.

Mansfeld — Vom Arbeitsverhältnis. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1935 S. 906 ff.

Mansfeld — Vom Arbeitsvertrag. Deutsches Arbeitsrecht 1936 S. 118 ff.

Meissinger — Grundsätze des Arbeitsrechts in der Rechtsprechung des RAG. Juristische Wochenschrift 1935 S. 1898 ff.

Molitor — Die Arten des Urlaubs. Deutsches Arbeitsrecht 1936 S. 101 ff., 137 ff.

Rolfwalter Müller — Arbeitsvertrag und Sozialversicherung. Juristische Wochenschrift 1935 S. 2412 ff.

Nipperdey — Das System des neuen Arbeitsrechts. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1935 S. 911 ff.

Nipperdey — Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft. Deutsches Arbeitsrecht 1937 S. 142 ff.

Poetsch — Der Umfang der Urlaubsvergütung. Deutsches Arbeitsrecht. 1937 S. 270 ff.

Rhode — Der „andere„ Führer des Betriebes. Deutsches Arbeitsrecht 1935 S. 154 ff.

Roeder	Lohnzahlung am Musterungstag und Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage. Deutsches Arbeitsrecht 1938 S. 112 ff.
Rust	Die Grenzen der Ausschließbarkeit des § 616 BGB durch Parteivereinbarung. Deutsches Arbeitsrecht 1935. S. 335 ff.
Siebert	Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag. Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1936 S. 93 ff.
Siebert	Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936. Deutsches Arbeitsrecht 1937 S. 14 ff., S. 44 ff.
Stoll	Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung des Arbeitsrecht. Deutsches Arbeitsrecht S. 199 ff., S. 253 ff.

Die Aufsätze von Hueck	Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Festschrift für Hedemann S. 312 ff. Jena 1938.
Dietz	Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigen zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse. Festschrift für Hedemann S. 330 ff. Jena 1938.
sowie der	Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis.

lagen bei Abschluß der Arbeit noch nicht vor und konnten daher vom Verfasser nicht benutzt werden.

Abkürzungsverzeichnis.

Hueck	=	Hueck: Deutsches Arbeitsrecht.
HN	=	Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Teil.
HND 1. Aufl.	=	Hueck-Nipperdey-Dietz: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 1. Auflage.
HND	=	Hueck-Nipperdey-Dietz: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 2. Auflage.
Molitor	=	Molitor: Deutsches Arbeitsrecht.
Siebert	=	Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit.
RAG, LAG, Arb.Ger. 30, 100	=	RAG, LAG, Arb.Ger. in Arbeits-Rechts-Sammlung Bd. 30 S. 100.
DAR 1938, 100	=	Deutsches Arbeitsrecht 1938 S. 100.
JW 1938, 100	=	Juristische Wochenschrift 1938, S. 100.
Ztschr. AfDR 1938, 100	=	Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1938 S. 100.

§ 2 AOG.

Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden.

Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft gegründete Treue zu halten.

Einleitung.

Der Nationalsozialismus will ein Sozialismus der Tat sein. Nicht durch eine äußerliche Abschaffung der Klassenunterschiede soll die innere Zersplitterung unseres Volkes beseitigt werden, sondern durch die Abschaffung des Klassengeistes. An seine Stelle soll das Verständnis für Wert und Leistung des anderen Volksgenossen treten, gepaart mit dem Bewußtsein, daß einer gehobenen sozialen und wirtschaftlichen Stellung auch gehobene Leistungen für die Gemeinschaft entsprechen müssen.

Nach der Machtergreifung sah sich der Gesetzgeber vor die Aufgabe gestellt, diese Gedanken im Arbeitsrecht zum Ausdruck zu bringen. Als erstes und wichtigstes Teilstück der dadurch notwendig gewordenen Reform wurde das Arbeitsordnungsgesetz erlassen, durch welches die Arbeitsverfassung in den Betrieben auf eine neue Grundlage gestellt wurde. Die Neuordnung des Arbeitsprivatrechts wurde dagegen zurückgestellt, einmal weil sie umfangreicherer Vorbereitungen bedurfte, zum anderen, weil sie nicht so dringlich war, da die für das einzelne Arbeitsverhältnis wichtigsten Regelungen großenteils in Tarif- und Betriebsordnungen enthalten sind. Das bedeutet aber nicht, daß die für unser neues Arbeitsrecht geltenden Rechtsgedanken, wie sie im AOG zum Ausdruck gekommen sind, für das Arbeitsprivatrecht einstweilen noch keine Rolle spielen. Bei dem inneren Zusammenhang allen Rechts[1]) müssen sie sich vielmehr auch jetzt schon auswirken, woraus sich jedoch im Einzelfall zahlreiche Zweifelsfragen ergeben.

Dies ist vor allem bei der praktisch sehr wichtigen Bestimmung des § 2 Abs. II AOG der Fall, welche die Fürsorgepflicht des Führers des Betriebes ausspricht. Die Bedeutung dieser Vorschrift für die Ansprüche der Beschäftigten zu untersuchen, soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

[1]) Nipperdey, Zeitschr. AfDR 1935, 912.

1. Abschnitt.

Wie und in welchem Umfang findet § 2 II AOG auf das Arbeits-Verhältnis Anwendung?

Nach dem Erlaß des AOG setzte ein lebhafter Streit über die Art und den Umfang der Auswirkung des § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis ein. Die einen sahen § 2 II als öffentlichrechtliche Bestimnumg an, die sich nur mittelbar als ethische Richtschnur auf das Arbeitsverhältnis auswirkt und daher niemals die Grundlage neuer privatrechtlicher Ansprüche sein kann[1]); andere wollten diese Vorschrift auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar anwenden und sogar zur Grundlage sämtlicher privatrechtlicher Ansprüche der Beschäftigten machen[2]); wieder andere vertraten schließlich die Mittelmeinung, § 2 II sei eine öffentlichrechtliche Bestimmung, die jedoch mittelbar die Grundlage neuer privatrechtlicher Ansprüche sein könne[3]).

Wie man unschwer erkennt, ging dieser Streit gar nicht um ein einziges, einheitliches Problem, sondern um zwei verschiedene Probleme, die miteinander in Verbindung gebracht wurden. Bei dem einen handelt es sich um die, hauptsächlich von einem wissenschaftlich, theoretischen Standpunkt aus interessierende Frage, w i e § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ob unmittelbar oder mittelbar. Bei dem anderen um die praktisch wichtige Frage nach dem Umfang, in dem § 2 II auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden kann. Bei einer grundsätzlichen Untersuchung des Problems kann man sich nicht auf die zweite Frage beschränken, sondern muß auch zu der ersten Stellung nehmen. Zu bedauern ist jedoch, daß in der Diskussion die beiden Probleme nicht immer mit der nötigen Schärfe auseinandergehalten wurden, sodaß der Eindruck entstehen mußte, die Einstellung zu dem einen Problem sei entscheidend für die Beantwortung des anderen. Dies mußte zu umso größeren Unklarheiten führen, als der Streit um die unmittelbare Geltung des § 2 II AOG im wesentlichen ein Streit um Worte ist, wie im Folgenden zu zeigen versucht wird.

---

[1]) Mansfeld-Pohl, S. 108 ff. Dietz in HND 1. Aufl. § 2 Anm. 11, 16, Oppermann, Rolfwalter Müller, beide in JW 1935 S. 2413, Rößler, Der Führer des Betriebes, S. 38, Lommel in DAR 1935, 308.

[2]) Siebert, insbesondere S. 56 ff, S. 100. Im Ergebnis heute herrschende Meinung vgl. die in Anm. 9 zitierte Literatur.

[3]) Dersch, Zeitschr. AfDR 1936, 1036—37.

I. Der Streit um die unmittelbare Geltung des § 2 II AOG für das Arbeitsverhältnis.

Bei der Frage, ob § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar Anwendung findet, handelt es sich nach dem bisher üblichen Sprachgebrauch um die Frage nach der technischen Bedeutung dieser Vorschrift, d. h. der Bedeutung, die der Gesetzgeber nach seinem, im AOG zum Ausdruck gekommenen Willen dem § 2 II verleihen wollte.

Untersucht man § 2 II AOG als technische Norm zunächst einmal mit Hilfe der überkommenen Begriffe „öffentliches" und „privates" Recht, so kann man sich m. E. der Schlußfolgerung nicht entziehen, daß diese Vorschrift ausschließlich öffentliches Recht enthält[4]):

Das AOG will eine neue Arbeitsverfassung geben und nicht das privatrechtliche Verhältnis zwischen Unternehmer und Beschäftigten regeln. Daraus ergibt sich die Vermutung, daß alle seine Bestimmungen, die nicht ausgesprochen privatrechtlichen Charakter haben, wie z. B. die §§ 56 ff., öffentliches Recht enthalten. Für § 2 II wird diese Vermutung durch den Sprachgebrauch des AOG eindeutig bestätigt: Das AOG kennt die beiden Begriffe des Führers des Betriebes und des Unternehmers. Allerdings geht es grundsätzlich davon aus, daß der Unternehmer gleichzeitig Führer des Betriebes ist (§ 1 AOG), aber dennoch verwendet es diese beiden Begriffe nicht wahllos durcheinander, sodaß an die Stelle des einen stets der andere gesetzt werden könnte[5]). Vom Unternehmer spricht das Gesetz nur, wo es den Eigentümer des Betriebes, den Partner des Arbeitsverhältnisses meint, vom Betriebsführer, wo es den für die soziale Ordnung im Betrieb verantwortlichen Leiter bezeichnen will, der — wie sich aus § 3 ergibt, — mit dem Unternehmer nicht immer identisch zu sein braucht und daher nicht notwendig Partner des Arbeitsverhältnisses ist. Wenn das AOG also in § 2 nur vom Führer des Betriebes spricht, so ist das kein Zufall, sondern vorbedachte Absicht: Es will die Stellung dieser für die sozialen Verhältnisse verantwortlichen Persönlichkeit bestimmen, ihre Rechte und Pflichten festlegen. Das privatrechtliche Verhältnis zwischen Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten läßt es dabei vollkommen außer Betracht. Eine unmittelbare Anwendung des § 2 II AOG auf dieses Verhältnis ist daher nicht möglich.

Die hier vertretene Auffassung scheint in direktem Gegensatz zu stehen zu der Lehre Sieberts von der unmittelbaren Geltung des § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis, der sich die heute herrschende

[4]) Dersch, Zeitschr. AfDR 1936, 1037; Dietz in HND 1. Aufl. § 2 Anm. 11.
[5]) So anscheinend Mansfeld-Pohl S. 103.

Lehre im wesentlichen angeschlossen hat. Dieser Gegensatz ist jedoch nur ein scheinbarer, hervorgerufen durch die Verschiedenartigkeit des Ausgangspunktes:

Wenn hier die technische Bedeutung des § 2 II untersucht worden ist, so war Ausgangspunkt der im AOG zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers. Hierbei ist es gleichgültig, ob man aus praktischen Gründen an der bisher üblichen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Recht festhält, oder, wie Siebert[6]), diese Trennung bei einem konkreten Gemeinschaftsverhältnis verwirft. Die Tatsache bleibt bestehen, daß der Gesetzgeber — wie oben gezeigt — mit § 2 II AOG nur das Verhältnis zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft regeln wollte, nicht aber das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten. Dieser im AOG zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers ist für die technische Bedeutung des § 2 II maßgebend und verbietet seine unmittelbare Anwendung auf das einzelne Arbeitsverhältnis.

Im Gegensatz hierzu geht Siebert[7]) von dem Rechtsgedanken des § 2 II AOG aus — von der aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft sich ergebenden Treu- und Fürsorgepflicht. Auf diesem Rechtsgedanken baut er eine neue Lehre vom Arbeitsverhältnis auf: Das Arbeitsverhältnis ist für ihn eine bloße Erscheinungsform der Betriebsgemeinschaft, das durch deren konkrete Ordnung inhaltlich bestimmt wird. Die Grundpflicht der Betriebsgemeinschaft ist die Treu- und Fürsorgepflicht; sie beherrscht daher auch das einzelne Arbeitsverhältnis. Die bisher bestehenden gesetzlichen Bestimmungen haben den Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses übersehen. Sie sind also nur noch insoweit anwendbar, als sie mit dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft nicht in Widerspruch stehen[8]). Die einzige gesetzliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist daher § 2 II AOG, der unmittelbar Anwendung finden muß.

Wie man aus dieser andeutungsweise skizzierten Lehre Sieberts sieht, verwendet er den Begriff der unmittelbaren Geltung des § 2 II AOG in einem ganz anderen Sinn, als das hier geschehen ist: Ihn interessiert nicht die technische Bedeutung dieser Norm, nicht der in ihr zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers, sondern ausschließlich der Rechtsgedanke des § 2 II und seine praktische Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis. Weil er diesen Rechtsgedanken zur Grundlage des Arbeitsverhältnisses macht und aus ihm unmittelbar Rechte und Pflichten ableitet, spricht er von der unmittelbaren Geltung dieser Vorschrift. Technisch gesehen handelt es sich dabei

[6]) Siebert, S. 64, 65.
[7]) Vgl. zu Folgendem Siebert S. 60 ff.
[8]) Siebert, S. 68 ff.

nur um eine mittelbare Anwendung des § 2 II, weil nicht diese Bestimmung als solche, sondern nur deren Rechtsgedanken angewandt wird. Da die heute herrschende Meinung sich den Sprachgebrauch Sieberts zu Eigen gemacht hat[9]), empfiehlt es sich, im Interesse der leichteren Verständlichkeit dies ebenfalls zu tun. Im Folgenden wird daher von der „unmittelbaren" Geltung des § 2 II in dem von Siebert geprägten Sinn gesprochen werden.

II. Die Fürsorgepflicht des Unternehmers aus § 2 II AOG als privatrechtliche Rechtspflicht.

Die Bedeutung, in welcher Siebert den Begriff der unmittelbaren Geltung des § 2 II AOG für das Arbeitsverhältnis verwendet, enthält schon gleichzeitig seine Stellungnahme zu dem zweiten der oben aufgeführten Probleme, nämlich in welchem Umfang § 2 II auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Siebert und mit ihm die ganze heute herrschende Lehre will diese Bestimmung auf das Arbeitsverhältnis ebenso Anwendung finden lassen, wie eine privatrechtliche Vorschrift[10]). Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen; da es sich dabei jedoch um eine, für die ganze spätere Untersuchung grundlegende Frage handelt, die ehemals heftig umstritten war, bedarf diese Zustimmung im Einzelnen näherer Begründung:

Das erste Bedenken, das sich einer unmittelbaren Anwendung des § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis in den Weg stellt, ergibt sich aus der Tatsache, daß der Unternehmer zwar grundsätzlich (§ 1 AOG), aber nicht immer (§ 3 AOG) Führer des Betriebes und damit Mitglied der Betriebsgemeinschaft ist[11])[12]). Ist aber die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft nicht wesentliche Voraussetzung der Unternehmereigenschaft, so fragt es sich, ob den Unternehmer überhaupt typische Pflichten aus dieser Gemeinschaft treffen können, wie z. B. die aus der Betriebsgemeinschaft erwachsene Fürsorgepflicht des § 2 II AOG.

Siebert hat diese Frage mit dem Hinweis darauf bejaht, daß der „pathologische Ausnahmefall" der mangelnden Identität zwischen

---

[9]) Hueck S. 67; Dietz HND § 2 Anm. 16s; Mansfeld in Anm. zu RAG 26, 161 und zu LAG Hamburg 30, 241; Kreller Ztschr. AfDR 1938, 302; Roeder DAR 1938, 112.

[10]) Siebert, insbes. S. 56 ff; Hueck, S. 67; Dietz, in HND § 2 Anm. 16 s; Mansfeld, Anm. zu RAG 26, 161 und zu LAG Hamburg 30, 241; Kreller, Zeitschr. AfDR 1938, 302; RAG 26, 161, ArbGer. Gelsenkirchen 27, 93; ArbGer. Hindenburg, 31, 93.

[11]) Dafür, daß der Unternehmer, der nicht Betriebsführer ist, nicht Mitglied der Betriebsgemeinschaft ist, vor allem Dietz, in HND § 2 Anm. 11a, in Festschr. f. Lehmann S. 283, 284. A. A. anscheinend Siebert S. 61.

[12]) Unberücksichtigt kann hier der Fall bleiben, daß der Unternehmer nicht Betriebsführer ist, aber der Betriebsgemeinschaft als Volontär, Lehrling etc. angehört.

Unternehmer und Betriebsführer niemals für eine grundsätzliche Regelung maßgebend sein könne[13]). Die Antwort ist jedoch aus einem doppelten Grunde unbefriedigend: Einmal ist dieser Ausnahmefall in Wirklichkeit durchaus nicht so selten, steht doch ein großer Teil aller in Deutschland Beschäftigten im Dienste von Aktiengesellschaften, die als juristische Personen gar nicht Betriebsführer sein können (§ 3 I AOG). Zum andern aber würde das gesunde Rechtsempfinden vom Unternehmer die Erfüllung der Fürsorgepflicht als einer Gemeinschaftspflicht auch dann fordern, wenn er infolge gesetzlicher Vorschrift stets einen Betriebsführer bestellen müßte und daher der Betriebsgemeinschaft nie angehören würde.

Dietz folgert die unmittelbare Anwendung des § 2 II AOG aus den besonderen Beziehungen, die zwischen dem Unternehmer und der Betriebsgemeinschaft bestehen. Nicht überzeugend ist es jedoch, wenn er diese Beziehungen im einzelnen damit begründet, daß der Unternehmer durch Erlaß einer gemeinsamen Unternehmens-Betriebsordnung nach § 5 der 17. Durchführungsverordnung zum AOG, durch Bestellung eines Betriebsführers und durch Anweisungen an ihn unmittelbar und mittelbar auf die Betriebsgemeinschaft einwirken kann[14]). Auch hier kann man sich eine anders geartete gesetzliche Regelung vorstellen, ohne daß man deswegen den Unternehmer von der Gemeinschaftspflicht des § 2 II AOG befreit halten würde. Ausschlaggebend ist vielmehr allein die Tatsache, daß der Unternehmer als Partner des Arbeitsverhältnisses Träger der materiellen Vorteile und Lasten aus diesem Verhältnis ist[15]).

Unsere heutige Rechts- und Wirtschaftsordnung läßt es zwar zu, daß der Unternehmer der Betriebsgemeinschaft nicht als Führer vorsteht, ihr überhaupt nicht angehört, sondern sich insoweit durch den Betriebsführer vertreten läßt[16]). Ebensowenig aber, wie dadurch seine Stellung als Empfänger der im Betrieb geleisteten Arbeit beeinträchtigt wird, verringert sich dadurch der Umfang der ihm obliegenden Lasten und Pflichten. Diese bestimmen sich ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit des Unternehmers zur Betriebsgemeinschaft nach den Regeln dieser Gemeinschaft, weil in ihr das zwischen Unternehmer und Beschäftigtem bestehende Arbeitsverhältnis zur Auswirkung gelangt. Es handelt sich hier also um ein ähnliches Prinzip, wie es im § 278 BGB zum Ausdruck gekommen ist: Die Rechtsstellung des einen Teils darf nicht dadurch verschlechtert werden, daß der andere Teil von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch macht,

---

[13]) Siebert S. 57.
[14]) Dietz in HND § 2 Anm. 11a, in Festschr. f. Lehmann S. 283.
[15]) Auch auf diese Tatsache weist Dietz zur Begründung des besonderen Verhältnisses hin, in dem der Unternehmer zur Betriebsgemeinschaft steht: HND § 2 Anm. 11a, Festschr. f. Lehmann S. 283.
[16]) Kreller, Zeitschr. AfDR 1938, 303.

eine Pflicht nicht selbst, sondern durch einen Anderen zu erfüllen, bezw. nicht selbst der Betriebsgemeinschaft anzugehören, sondern statt dessen einen Betriebsführer zu bestellen[17]). In beiden Fällen treten die persönlichen Verhältnisse — das persönliche Verschulden, die persönliche Betirebszugehörigkeit — zurück hinter der Stellung als wirtschaftlich Beteiligter.

Das zweite und hauptsächlichste Bedenken, das gegen die unmittelbare Geltung des § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis vorgebracht worden ist, ist rechtspolitischer Natur und gründet sich darauf, daß § 2 II keine engumgrenzte Pflicht, sondern eine allgemeine Fürsorgepflicht des Betriebsführers ausspricht. Vor allem Mansfeld hat die Befürchtung geäußert, daß eine unmittelbare Anwendung des § 2 II auf das Arbeitsverhältnis zur völligen Rechtsunsicherheit führen würde, und sich daher auf den Standpunkt gestellt, diese Vorschrift könne nur als ethische Richtschnur zur Auslegung des Arbeitsvertrages, nicht aber zur Ableitung neuer, bisher noch nicht anerkannter Rechte und Pflichten herangezogen werden[18]). Er unterscheidet also zwischen einer sittlichen Norm als Auslegungsmaßstab und einer privatrechtlichen Norm als Anspruchsgrundlage. Ob eine solche Unterscheidung mit unserer heutigen Rechtsauffassung im Einklang steht, muß jedoch bezweifelt werden. Nicht als ob man bei einem konkreten Gemeinschaftsverhältnis keinen Unterschied zwischen Sitte und privatrechtlicher Pflicht mehr machen dürfte[19]). Im Gegenteil wird man gerade bei der Fürsorgepflicht eine sittliche Verpflichtung des Unternehmers vielfach bejahen müssen, wo eine rechtliche Pflicht nicht anzuerkennen ist. Wo man aber eine sittliche Norm zur Auslegung eines Rechtsverhältnisses heranzieht, da kann man ihre Auswirkungen nicht willkürlich beschränken auf die Auslegung schon bisher anerkannter Rechte und Pflichten. Insbesondere beim Arbeitsverhältnis, das ein einheitliches Lebensverhältnis ist und nicht in einzelne Rechte und Pflichten zerlegt werden kann, ist eine derartige Beschränkung unangebracht. Zieht man aber eine solche sittliche Norm zur Auslegung eines konkreten Verhältnisses als Ganzen heran, so kann dies ebenso wie bei einer Auslegung mit Hilfe einer Generalklausel zur Ermittlung neuer Rechte und Pflichten führen, da ein konkretes Verhältnis durch gesetzliche Bestimmungen so gut wie nie erschöpfend geregelt ist.

Ebensowenig ist das weitere Argument Mansfeld's überzeugend, der durch § 2 II AOG gegebene Rahmen sei viel zu weit, als daß

[17]) Ähnlich Kreller, Zeitschr. AfDR 1938, 303; Denecke in DAR 1934, 220 ff.

[18]) Mansfeld-Pohl, S. 108, 109; ebenso Dietz in HND 1. Aufl. Anm. 16, Oppermann, Rolfwalter Müller, beide JW 1935 S. 2412; Rößler: Der Führer des Betriebes S. 38; Lommel, DAR 1935, 308; RAG 23, 170 26, 176; Arb. Ger. Hamburg 26, 44; Arb. Ger. Ulm 31, 92.

[19]) So anscheinend Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft S. 64.

man daraus einen konkreten Anspruch, wie z. B. einen Urlaubsanspruch von 6 Tagen, ableiten könne[20]). Allerdings ist die Ausfüllung dieses Rahmens durch Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung und Arbeitsvertrag äußerst erwünscht. Wo sich aber eine Lücke herausstellt, deren Ausfüllung erforderlich erscheint, da kann das sehr wohl mit Hilfe des § 2 II AOG geschehen; denn auf den konkreten Fall angewendet, wird auch die Fürsorgepflicht aus § 2 II konkret: Soweit sich ihr Inhalt nicht einfach aus dem ergibt, was in solchen Fällen üblich zu sein pflegt, — § 612 Abs. II BGB gibt insoweit schon Richtlinien für den Umfang der Fürsorgepflicht — bestimmt sich ihr Umfang nach dem, wozu sich ein ehrenhafter und seiner Pflichten bewußter Unternehmer für verpflichtet halten würde[21]).

Auch der Ableitung genereller Rechtsfolgen steht es nicht im Wege, daß § 2 II AOG nur eine Rahmenbestimmung ist. Allerdings wird § 2 II nie eine rein technische Regelung ersetzen können, durch die z. B. die Länge der Urlaubszeit, der Kündigungsfristen etc. generell festgesetzt wird. Wohl aber kann diese Bestimmung eine grundsätzliche Regelung ersetzen, bei der nicht die technische Einzelheit, sondern die allgemeine Geisteshaltung entscheidend ist, aus der heraus sie erlassen ist.

Es bleibt noch zu untersuchen, ob Mansfeld mit seiner Behauptung Recht hat, die Rechtssicherheit würde durch eine unmittelbare Anwendung des § 2 II AOG auf das Arbeitsverhältnis aufs Schwerste gefährdet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtssicherheit heute tatsächlich größeren Gefahren ausgesetzt ist, als in der Zeit vor der Machtübernahme. Die Ursache hierfür ist jedoch nicht in der unmittelbaren Anwendung des § 2 II durch zahlreiche Arbeitsgerichte zu suchen; denn sonst hätte, wie Siebert zutreffend dargelegt hat[22]), schon die von Wissenschaft und Rechtsprechung vorgenommene Anwendung des § 242 BGB auf das Arbeitsverhältnis die gleiche Wirkung haben müssen. Die wirkliche Ursache stellt vielmehr die mit der Machtübernahme zur Herrschaft gelangte neue Einstellung zum Arbeitsverhältnis dar, die in § 2 II AOG ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden hat und auf eine Reform des Arbeitsprivatrechts hindrängt. Nationalsozialistischer Rechtsauffassung entspricht es, aus dieser neuen Einstellung nicht nur ethische, sondern auch materiellrechtliche Folgerungen zu ziehen[23]). Auf den Erlaß eines neuen Arbeitsverhältnisgesetzes konnte (und

---

[20]) Mansfeld, Zeitschr. AfDR 1935, 908.

[21]) Neuerdings Mansfeld in Anm. zu LAG Hamburg 30, 241 (245), Roeder, DAR 1938, 113.

[22]) Siebert S. 58. Mansfeld erkennt in Ztschr. AfDR 1935, 908 dieses Argument als richtig an.

[23]) Siebert DAR 1937, 15; Arb.Ger. Gelsenkirchen 27, 93.

kann) dabei nicht gewartet werden, weil der Erlaß eines neuen Gesetzes immer längere Zeit in Anspruch nimmt, die rechtliche Anerkennung der Betriebsgemeinschaft mit all ihren Konsequenzen aber keinen Aufschub duldete. Es handelte sich also nur noch um die Frage, auf welchem Wege man diese rechtliche Anerkennung vornehmen sollte. Zur Not hätte sie sich auch mit Hilfe des § 242 BGB durchführen lassen; da der Gesetzgeber aber der neuen Einstellung in § 2 II AOG Ausdruck verliehen hatte, der zwar eine öffentlich-rechtliche Norm ist, aber dessen Rechtsgedanke auch auf das Arbeitsverhältnis paßt, so war nicht einzusehen, warum man nicht die notwendige Anpassung des bisherigen Rechts an die neue Rechtsauffassung unmittelbar aus diesem Rechtsgedanken ableiten sollte, statt sie mühsam mit Hilfe einer Vertragsauslegung nach § 242 BGB durchzuführen.

Mit Recht ist daher die heute herrschende Meinung und die Praxis dazu übergegangen, aus § 2 II AOG unmittelbar Rechtsfolgen abzuleiten. Welch zahlreiche schwierige Einzelfragen sich daraus ergeben, wird in den folgenden Abschnitten noch näher zu besprechen sein.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß § 2 II AOG nicht nur auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar anwendbar ist, das sich innerhalb eines Betriebes verwirklicht, sondern auch auf alle anderen[24]). Als technische Norm ist § 2 II auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen Unternehmer und Beschäftigtem ja überhaupt nicht anwendbar. Der Rechtsgedanke dieser Vorschrift muß aber deswegen Anwendung finden, weil jedes Arbeitsverhältnis ein echtes Gemeinschaftsverhältnis begründet, aus dem sich die nämlichen Rechte und Pflichten ergeben, wie aus der Betriebsgemeinschaft.

[24]) Hueck S. 66; Siebert S. 16 Anm. 1.

2. Abschnitt.

Wie verhält sich § 2 II AOG zu den bestehenden privatrechtlichen Bestimmungen?

I Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft als Maßstab für die Anwendbarkeit bestehender privatrechtlicher Bestimmungen.

Mit der Anerkennung des § 2 II AOG als einer Vorschrift, aus der sich unmittelbar privatrechtliche Folgen ableiten lassen, ist die Zahl der dem Unternehmer obliegenden Pflichten nicht um eine beliebige weitere vermehrt worden, ist nicht zu seiner Lohnzahlungspflicht, seiner „speziellen Fürsorgepflicht" auf Grund der §§ 617 BGB ff. etc. eine weitere Fürsorgepflicht hinzugetreten, vielmehr ist ein neues Grundprinzip zum Durchbruch gelangt, welches das Arbeitsverhältnis als Ganzes beherrscht und mit seinem Geist durchdringt. Aus diesem Grundprinzip lassen sich sämtliche Pflichten des Unternehmers ableiten[1]), weil sie alle Auswirkungen der personenrechtlichen Verbundenheit und der sich daraus ergebenden Fürsorgepflicht des Unternehmers sind.

Diese Erkenntnis ist erst heute voll zum Durchbruch gelangt. Die Gesetzgebung der vorhergegangenen Zeit hatte das Arbeitsverhältnis im wesentlichen als schuldrechtlichen Austauschvertrag behandelt[2]), — man denke an die Einordnung des Dienstvertragsrechts unter die besonderen Schuldverhältnisse des BGB — und seinen Gemeinschaftscharakter kaum berücksichtigt. Es ist daher nicht zu verwundern, daß zahlreiche der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen mit unserer heutigen Auffassung nicht zu vereinbaren sind, sodaß sich die Frage erhebt, ob wir sie weiterhin anwenden müssen, oder ob wir berechtigt sind, sie mit Hilfe des § 2 II AOG zu ersetzen. Auch in unserem sonstigen bürgerlichen Recht sind zahlreiche Einzelbestimmungen durch den Wandel in der Rechtsauffassung überholt, zu deren weiteren Anwendung wir aber gezwungen sind. Der Grund dafür ist einmal der, daß auf diesen Gebieten die Rechtsentwicklung noch nicht weit genug vorgeschritten ist, als daß diese

[1]) Siebert, S. 100; Dietz in HND § 2 Anm. 17; a. A. Nikisch, Festschrift f. Lehmann S. 298; Dersch, Zeitschr. AfDR 1936, 1034.
[2]) Vgl. Siebert, S. 17 ff.

Bestimmungen im Wege der Rechtssprechung durch neue, bessere Grundsätze ersetzt werden könnten, zum anderen der, daß es sich zum großen Teile um Bestimmungen mit stark technischem Einschlag handelt, die, wenn man die Rechtssicherheit wahren will, nur vom Gesetzgeber selber abgeändert werden können. Anders ist es jedoch beim Arbeitsverhältnis: Dieses ist, insbesondere durch das BGB in so unzutreffender Weise geregelt worden, daß eine gewisse Loslösung von den gesetzlichen Bestimmungen schon seit langem zu verzeichnen war[3]). Die Grundlagen für eine Ersetzung bestehender unpassender Bestimmungen durch neue Grundsätze waren daher in ganz anderem Maße gegeben, als bei irgend einem anderen bürgerlich-rechtlichen Verhältnis. Nirgendwo sonst ist auch eine Anpassung an die neuen Rechtsgedanken so dringend notwendig, wie gerade im Arbeitsrecht, weil nur durch die praktische Herrschaft des Gemeinschaftsgedankens der Klassengeist wirklich überwunden werden kann.

All diese Unterschiede berechtigen zu dem Schluß, daß die für das Arbeitsverhältnis bestehenden gesetzlichen Bestimmungen dann nicht mehr angewendet werden dürfen, wenn sie gegen die Idee der Betriebsgemeinschaft verstoßen[4]), es sei denn, daß sie derart technischer Natur sind, daß ihre Ersetzung durch den Rechtsgedanken des § 2 II AOG unzweckmäßig erscheint.

II. Die Lehre Sieberts von der völligen Loslösung vom bürgerlichen Gesetzbuch.

Über die hier vertretene Meinung geht Siebert weit hinaus. Seiner Meinung nach muß man sich vom BGB grundsätzlich lösen, will man nicht doch seinem Geist verfallen[5]). Er schlägt daher vor, alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis unmittelbar aus dem Geiste der Betriebsgemeinschaft, wie er im § 2 II AOG zum Ausdruck gekommen ist, abzuleiten, diese Bestimmung zur Grundlage aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu machen[6]), und die Vorschriften des BGB nur hilfsweise weiter heranzuziehen, soweit sie nicht mit den Grundsätzen der Betriebsgemeinschaft in Widerspruch stehen[7]).

Es mag Siebert zugegeben werden, daß § 2 II AOG auch zu einer solch völligen Loslösung vom BGB die rechtliche Grundlage

[3]) Vgl. die Rechtsprechung des RAG zur Frage des Betriebsrisikos.
[4]) Hueck S. 67; Dietz in HND § 2 Anm. 16 r; ähnlich Siebert S. 68 ff., vgl. aber unter II.
[5]) Siebert, S. 69.
[6]) Siebert, S. 100.
[7]) Siebert, S. 69, 70.

gibt. Aus rechtspolitischen Gründen erscheint diese Loslösung jedoch nicht zweckmäßig: Die von Siebert befürchtete Gefahr, daß andernfalls der Geist des BGB das Arbeitsrecht auch weiterhin beherrschen werde, ist sicher unbegründet. Nicht zum wenigsten auf Sieberts Schrift ist es zurückzuführen, daß die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses heute Allgemeingut ist, sodaß ein Rückfall in die frühere Anschauung nicht mehr zu befürchten ist. Andererseits ist es im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert, die einzelnen Bestimmungen des BGB solange beizubehalten, als nicht ein vollwertiger Ersatz in Gestalt eines neuen Gesetzes vorhanden ist. § 2 II AOG stellt jedenfalls keinen solchen Ersatz dar, wie man aus den Schwierigkeiten entnehmen kann, welche die beschränkte Anwendung dieser Vorschrift in der Praxis heute schon bereitet.

Grundsätzlich ist daher, an der Anwendung des BGB auf das Arbeitsverhältnis festzuhalten, soweit dies nicht im einzelnen mit der neuen Rechtsauffassung im Widerspruch steht[8]).

III. Unanwendbare Vorschriften des BGB.

Vor allem veranlaßt durch die Schrift Sieberts über das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit sind im Schrifttum der letzten Zeit mehrfach Untersuchungen darüber angestellt worden[9]), welche Bestimmungen des BGB mit dem Rechtsgedanken der Betriebsgemeinschaft nicht zu vereinbaren sind. Soweit dies im Rahmen der vorliegenden Arbeit möglich ist, soll zu den dabei aufgetauchten Problemen im Folgenden Stellung genommen werden:

Vom allgemeinen Teil des BGB haben sich vor allen die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als auf das Arbeitsverhältnis großenteils unanwendbar herausgestellt[10]). Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß diese Vorschriften nur auf Rechtsgeschäfte (Verträge §§ 145 ff. BGB) und auf deren Bestandteile (Willenserklärungen §§ 116 ff. BGB) zugeschnitten sind und auf die Besonderheiten der durch die Rechtsgeschäfte begründeten Rechtsverhältnisse keine entsprechende Rücksicht nehmen. Dies wirkt sich nicht aus bei Rechtsverhältnissen, die ihre praktische Bedeutung gerade durch die Vertragsabmachungen empfangen, bei denen also das Rechtsgeschäft im Vordergrund steht, wie z. B. beim Kauf- oder Werkvertrag. Anders aber bei einem echten Gemeinschaftsverhält-

[8]) Hueck, S. 67, Ztschr. AfDR 1938, 299; Dietz in HND § 2 Anm. 16 r.
[9]) Hueck S. 82 ff.; Dietz in HND § 2 Anm. 16 b ff.
[10]) Hueck S. 89 ff.; Dietz HND § 2 Anm. 16 b; Siebert S. 89 ff. Der Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes trägt dieser Tatsache auch Rechnung durch Schaffung von Sondernormen; vergl. Hueck Ztschr. AfDR 1938, 299.

nis: Hier liegt nicht das Schwergewicht auf den vorausgegangenen vertraglichen Abmachungen, sondern auf den dadurch hergestellten tatsächlichen Beziehungen. Diese Beziehungen, vor allem in Gestalt von persönlichen Bindungen, sind hier so wichtig, daß sie nicht wegen jeden schweren Mangels des Begründungsvertrages jeder rechtlichen Wirkung beraubt werden dürfen. Will man daher den Besonderheiten eines Gemeinschaftsverhältnisses gerecht werden, so muß man immer dann, wenn ein echtes Gemeinschaftsverhältnis tatsächlich besteht und sein Bestehen nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, den Rechten und Pflichten aus diesem Verhältnis die rechtliche Anerkennung zuteil werden lassen[11]). Das bedeutet jedoch nicht, daß ein echtes Gemeinschaftsverhältnis in seinen Wirkungen von seinem Begründungsvertrag völlig unabhängig ist. Zunächst einmal setzt ein solches Verhältnis zu seinem Zustandekommen eine vertragliche Einigung der Beteiligten darüber voraus[12]). Ist diese Einigung durch Irrtum, Täuschung oder Drohung zustande gekommen, so mag es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob man das Bestehen eines echten Gemeinschaftsverhältnisses anerkennen soll. Praktische Gründe sprechen jedoch dafür, vor allem die Erwägung, daß man der wahren Interessenlage so leichter gerecht werden kann, als wenn man die Beteiligten auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung verweisen würde.

Der Begründungsvertrag ist ferner auch insofern bedeutungsvoll, als sich aus ihm allein, nicht aus den tatsächlichen Gemeinschaftsbeziehungen eine Pflicht zur Gemeinschaft ergibt, d. h. zur Eingehung und Fortsetzung eines Gemeinschaftsverhältnisses. Jeder Mangel, der nach BGB die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Vertrages zur Folge hat, gewährt daher das Recht zur sofortigen, fristlosen Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses[13]). Weiter wird dieser Mangel häufig zur Folge haben, daß die den Vertragsinhalt näher festlegenden Bestimmungen überhaupt nicht, oder nur teilweise zur Konkretisierung der Gemeinschaftspflichten herangezogen werden können. Im Einzelnen wird das davon abhängen, wodurch der Mangel verursacht worden ist. Ist z. B. eine einzelne Bestimmung wucherisch, so kann sie keine Anwendung finden und wird u. U. die Nichtigkeit anderer, mit ihr im inneren Zusammenhang stehender Bestimmungen zur Folge haben. Eine Entscheidung kann hier nur an Hand der konkreten Umstände des Einzelfalles getroffen werden.

---

[11]) Vergl. Siebert S. 96, 113.

[12]) Vergl. für das Arbeitsverhältnis Hueck S. 68; Dietz in HND § 2 Anm. 16a; Siebert S. 87; Mansfeld DAR 1936, 125.

[13]) Ob man hier von einer fristlosen Kündigung spricht (Hueck S. 91) oder von Vernichtbarkeit (Dietz in HND § 2 Anm. 16c), ist praktisch bedeutungslos.

Im Übrigen aber haben die Beteiligten die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis als solchem ergebenden Rechte und Pflichten, gleichgültig, ob sie von dem Mangel Kenntnis hatten oder nicht[14]). Ob die causa dieser Rechte und Pflichten allein in dem tatsächlichen Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses zu suchen ist, oder in der vorangegangenen vertraglichen Einigung über das Zustandekommen eines solchen Verhältnisses, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung, zu der hier keine Stellung genommen werden soll.

Die hier gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar anwenden, da wir ja bei diesem an die Vorschriften des BGB insoweit nicht gebunden sind, als sie mit dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft nicht übereinstimmen. Im Einzelnen lassen sich daraus folgende Schlußfolgerungen ziehen:

Vor der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb ändert sich an dem bisherigen Rechtszustand nichts[15]). Zwar besteht auch schon vor diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis[16]), aber noch kein echtes Gemeinschaftsverhältnis[17]). Der Schwerpunkt dieses Verhältnisses liegt daher noch auf dem Arbeitsvertrag und auf seinen Vereinbarungen.

Mit der Eingliederung in den Betrieb entsteht jedoch ein solches echtes Gemeinschaftsverhältnis, auf das die oben entwickelten Grundsätze Anwendung finden. Rückwirkend nichtig ist es daher nur dann, wenn die Rechtsordnung nicht nur dem Arbeitsvertrag, sondern auch dem Gemeinschaftsverhältnis die rechtliche Anerkennung versagt. Wann dies der Fall ist, ist zweifelhaft:

Sicher ist ein Arbeitsverhältnis nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt § 138 I BGB[18]), es sei denn, daß dieser Verstoß gerade in der Benachteiligung des Beschäftigten liegt; in diesem Falle, ebenso wie im Falle des Wuchers § 138 II BGB, würde der vom Gesetz bezweckte Schutz des Beschäftigten nicht erreicht, wenn das Arbeitsverhältnis nichtig oder auch nur jederzeit vom Unternehmer auflösbar wäre, da der Beschäftigte dann durch die Furcht seine

---

[14]) A. A. Hueck S. 91; Dietz in HND § 2 Anm. 16g. Hueck und Dietz stellen offenbar nicht darauf ab, ob das Arbeitsverhältnis bei Mangel des Arbeitsvertrages von der Rechtsordnung gebilligt wird, sondern auf die Schutzbedürftigkeit der Beteiligten, die von deren Gut- oder Bösgläubigkeit abhängt.

[15]) Hueck S. 89; Dietz in HND § 2 Anm. 16m; im Ergebnis ebenso Siebert Ztschr. AfDR 1936, 95, 96.

[16]) Hueck S. 71; a. A. Siebert S. 87 ff.

[17]) Hueck S. 89; im Ergebnis ebenso Siebert S. 87.

[18]) Im Ergebnis ebenso Siebert S. 94; Dietz in HND § 2 Anm. 16i; Nikisch Festschr. f. Lehmann S. 297.

Stellung zu verlieren, daran gehindert wäre, sich auf die Sittenwidrigkeit bezw. den Wucher zu berufen[19]).

Absolut nichtig ist ferner ein Arbeitsverhältnis, dessen Bestehen gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, § 134 BGB. Ein solcher Verstoß wird stets vorliegen, wenn ausschließlich allgemeine Interessen zu dem Verbot geführt haben, was z. B. der Fall ist bei dem Verbot der Beschäftigung einer arischen Hausangestellten in einem Haushalt mit einem jüdischen Mann, bei dem Verbot der Beschäftigung eines Ausländers oder eines Jugendlichen unter 25 Jahren ohne Genehmigung der zuständigen Behörde etc.[20]). Sehr umstritten sind dagegen die Fälle, in denen mit dem Verbot unmittelbar nur der Schutz des Beschäftigten bezweckt ist, mag dieser auch durch das öffentliche Interesse gefordert werden, wie z. B. beim Verbot der Lehrlingshaltung, der Beschäftigung von Minderjährigen und weiblichen Personen in gewissen Betrieben und zu gewissen Arbeiten. Es würde zu weit vom eigentlichen Thema abführen, auf diese Fragen im einzelnen näher einzugehen; es muß daher auf die Ausführungen bei Hueck S. 84 ff., bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16d ff. und bei Siebert S. 95 ff. verwiesen werden.

Die Nichtigkeit eines Arbeitsverhältnisses kann weiter auch dadurch begründet sein, daß eine gesetzlich vorgeschriebene Formvorschrift nicht eingehalten ist, die ausschließlich im öffentlichen Interesse erlassen ist[21]), wie z. B. § 17 Schriftleitergesetz[22]). In diesen Fällen widerspricht nicht nur der Arbeitsvertrag, sondern auch das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses der Rechtsordnung!

Nichtig sind schließlich auch noch diejenigen Arbeitsverhältnisse, bei denen es an einer Willenseinigung über die Eingliederung in den Betrieb überhaupt fehlt[23]), bezw. bei denen dieser Einigung die rechtliche Anerkennung versagt ist. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein Schein- oder Scherzgeschäft vorliegt (§§ 117, 118 BGB), wenn der Beschäftigte sich in den Betrieb eingeschlichen hat, oder der Unternehmer bei Vertragsabschluß geschäftsunfähig oder nicht ordnungsgemäß vertreten war. Gleiches muß auch gelten, wenn der

---

[19]) Der Beschäftigte wird regelmäßig wegen des Verhaltens des Unternehmers ein Recht zur fristlosen Kündigung haben.
Wie hier Siebert, S. 95, wohl auch Hueck S. 90. A. A. Dietz in HND § 2 Anm. 16i, der Vernichtbarkeit des Arbeitsverhältnisses zuläßt. Vgl. aber auch Anm. 16e.

[20]) Hueck, S. 84—86, S. 91 u. Dietz in HND Anm. 16d, 16g wollen auch hier den Gutgläubigen schützen.

[21]) Hueck, S. 83 stellt ausschließlich darauf ab, ob der Form konstitutive Bedeutung für den Arbeitsvertrag zukommt.

[22]) Im Ergebnis ebenso Hueck, S. 83, LAG Breslau 25, 99.

[23]) Hueck, S. 68; Dietz in HND § 2 Anm. 16a; Siebert, S. 87; Mansfeld DAR 1936, 125.

Unternehmer bei Vertragsabschluß geschäftsbeschränkt war und ohne Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (§§ 107 ff. BGB)[24]), denn die Anerkennung eines Gemeinschaftsverhältnisses durch die Rechtsordnung würde bedeuten, daß der Unternehmer auch die Gemeinschaftspflichten, unter Umständen also sehr erhebliche finanzielle Lasten zu tragen hätte, vor denen er bewahrt werden muß.

Aus dem absolut nichtigen Gemeinschaftsverhältnis können sich auch keine rechtlich anerkannten Gemeinschaftspflichten ergeben. Der Beschäftigte kann sich daher nicht auf § 2 II AOG berufen, sondern hat nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, bezw. aus unerlaubter Handlung. Dies wird allerdings dann zu unerfreulichen Folgen führen, wenn einer der Beteiligten von der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses keine Kenntnis hatte, z. B. die Hausangestellte nicht wußte, daß ein dem Haushalt angehöriger Mann ein Jude war. Hueck[25]) und Dietz[26]) schlagen daher für diese Fälle vor, dem anderen Teil die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zu untersagen und zwar gleichviel, ob er selbst gut- und bösgläubig war. Dem ist zuzustimmen, doch erscheint es zweifelhaft, ob die Praxis ohne gesetzliche Handhabe diesem Vorschlag folgen wird. Es ist daher sehr zu begrüßen, wenn der Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes vom Jahre 1938 hier durch eine dementsprechende Bestimmung Abhilfe schaffen will[27]).

In allen anderen Fällen der Nichtigkeit, die das BGB vorschreibt, sei es ursprünglich oder durch Anfechtung eintretende Nichtigkeit, versagt das BGB einem Rechtsverhältnis nur deswegen die rechtliche Anerkennung, weil es die verpflichtende Wirkung des Kausalgeschäfts verneint. Das Arbeitsverhältnis ist daher in diesen Fällen nicht absolut nichtig, sondern nur von jedem der Beteiligten jederzeit lösbar, weil keine Verpflichtung zur Begründung und Fortsetzung eines Gemeinschaftsverhältnisses besteht[28]). Dies gilt insbesondere für die Fälle der Anfechtbarkeit §§ 119, 123 BGB[29]) für die Fälle des Dissenses § 154, 155 BGB, vorausgesetzt, daß wenigstens eine Einigung über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses und über die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft stattgefunden hat, für die ähnlich gelagerten Fälle der Teilnichtigkeit § 139

---

[24]) Hueck S. 86, 91; a. A. Dietz in HND § 2 Anm. 16d.

[25]) Hueck S. 91.

[26]) Dietz in HND § 2 Anm. 16c, 16g. Eine ähnliche Regelung schlug auch der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes vom Jahre 1923 in seinem § 52 vor.

[27]) Hueck, Ztschr. AfDR 1938, 300.

[28]) Im Ergebnis weitgehende Übereinstimmung mit Hueck S. 90, 91; Dietz in HND § 2 Anm. 16c. Nikisch Festschr. f. Lehmann 296 ff.

[29]) Hueck S. 90; Dietz in HND § 2 Anm. 16f; Siebert Zeitschr. AfDR 1936, 96.

BGB[30]) und für die Fälle des Formmangels, wenn die zwingende Formvorschrift bloß zum Schutze eines der Beteiligten ergangen ist, und nicht im öffentlichen Interesse[31]). Ebenso ist auch ein Arbeitsverhältnis zu beurteilen, das ein beschränkt-geschäftsfähiger Beschäftigter eingegangen ist. Es ist auch schon bisher in der Literatur allgemein anerkannt worden, daß es unbillig ist, den Beschränkt-Geschäftsfähigen, der durch die Vorschriften der § 107 ff. BGB nur geschützt werden soll, ausschließlich auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verweisen[32]). Hueck schlägt auch für diese Fälle vor, dem Unternehmer die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zu untersagen[33]). Dies ist aber gar nicht erforderlich, weil man nach den hier entwickelten Grundsätzen zu einer Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses als solchen, wenn auch nicht des Arbeitsvertrages kommen kann[34]): Die §§ 107 ff. BGB. wollen den Beschränktgeschäftsfähigen vor Verpflichtungen schützen. Dieser Schutz wird jedoch von dem Augenblick an illusorisch, wo der Beschränktgeschäftsfähige die Verpflichtung schon erfüllt hat und die erbrachte Leistung ihrer Natur nach nicht mehr herausverlangt werden kann, wie beim Arbeitsverhältnis. Allerdings ergeben sich aus dem Arbeitsverhältnis auch andere Pflichten, die bei seiner Auflösung regelmäßig noch nicht erfüllt sein werden, wie z. B. die Pflicht zur Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen. Gerade bei solchen, unmittelbar aus dem Treugedanken sich ergebenden Pflichten wird es auch in der Regel durchaus angebracht sein, sie auch dem Beschränktgeschäftsfähigen aufzuerlegen[35]). Sollte sich aber im Einzelfall etwas anderes ergeben, so wird man den Interessen des Beschränktgeschäftsfähigen dadurch gerecht werden können, daß man diese Pflichten, soweit sie sich speziell aus dem Arbeitsvertrag ergeben, für nicht bindend erklärt, im übrigen aber dem Unternehmer auf Grund seiner Fürsorgepflicht untersagt, sich auf sie zu berufen[36]). Die ganze Interessenlage spricht also dafür, dem Gemeinschaftsverhältnis als solchen die rechtliche Anerkennung nicht zu versagen. (Eine rechtliche Verpflichtung zur Gemeinschaft besteht ja nach dem oben Gesagten für keinen der beiden Teile.)

---

[30]) A. A. Dietz in HND § 2 Anm. 16c, der das Prinzip des § 139 BGB auf das Arbeitsverhältnis überhaupt keine Anwendung finden lassen will und daher auch keine Vernichtbarkeit annimmt. Vgl. aber im Text zu Anm. 38.

[31]) Z. B. § 2 vorl. Landarb. O., dessen Verletzung deshalb nicht das Arbeitsverhältnis nichtig macht und daher auch keine Umdeutung in ein Verhältnis mit kürzerer Dauer erfordert. A. A. Hueck S. 83; RAG 7, 349.

[32]) Vgl. z. B. Hueck in HN S. 149.

[33]) So schon Hueck in HN S. 149, neuerdings Hueck S. 91.

[34]) Vgl. auch Dietz in HND § 2 Anm. 16 l; Siebert S. 91 ff.

[35]) Siebert, S. 89, 91 ff.

[36]) Insoweit im Ergebnis übereinstimmend mit Hueck S. 91.

In diesem Zusammenhang soll noch besonders hervorgehoben werden, daß die Vorschriften über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auf einzelne Vereinbarungen des Arbeitsvertrages ohne weiteres angewendet werden müssen[37]). Dies ergibt sich als logische Folge der hier vertretenen Ansicht, daß diese Vorschriften nur insoweit auf das Arbeitsverhältnis nicht passen, als sie wegen mangelnder Verpflichtungswirkung des Arbeitsvertrages dem Gemeinschaftsverhältnis als solchem die rechtliche Anerkennung versagen.

Eine weitere Vorschrift, die auf das Arbeitsverhältnis nicht im vollen Umfang angewandt werden kann, ist § 139 BGB. Oben ist schon erwähnt worden, daß Teilnichtigkeit nach § 139 BGB das Arbeitsverhältnis nicht nichtig macht, sondern bloß dem Arbeitsvertrag seine bindenden Wirkungen entzieht. Darüber hinaus findet aber § 139 in folgenden Fällen keine Anwendung: Verstößt eine Bestimmung des Arbeitsvertrages gegen eine Arbeiterschutzvorschrift, oder ist sie wegen Übervorteilung des Beschäftigten nach § 138 BGB sittenwidrig oder wucherisch, so ist nur diese Bestimmung nichtig und nicht der ganze Arbeitsvertrag[38]). Diese Abweichung von der gesetzlich vorgeschriebenen Regel rechtfertigt sich durch die Überlegung, daß der durch diese Vorschriften bezweckte Schutz des Beschäftigten nur dann wirklich erreicht wird, wenn der Unternehmer sich weder vor der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages berufen, noch nach der Eingliederung von dem bestehenden Gemeinschaftsverhältnis fristlos lossagen kann[39]).

Von den übrigen Vorschriften des allgemeinen Teiles des BGB lehnt Siebert auch noch diejenigen ab, welche bestimmen, wann jemand geschäftsunfähig und wann geschäftsbeschränkt ist[40]). Es mag Siebert zugegeben werden, daß diese allgemeinen Vorschriften auf das Wesen des Arbeitsverhältnisses keine Rücksicht nehmen, aber da es sich hier zu einem wesentlichen Teil um technische Bestimmungen handelt, müssen sie weiter Anwendung finden, bis sie durch ein neues Gesetz ersetzt werden.

Von dem allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse des BGB haben sich die Vorschriften über Unmöglichkeit und Annahmeverzug als ungeeignet herausgestellt, um die unter dem Schlagwort des Betriebsrisikos zusammengefaßten Fragen zu lösen. Es genügt in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Reichs-

---

[37]) Im Ergebnis ebenso Hueck S. 91; Dietz in HND § 2 Anm. 16e.

[38]) Hueck S. 90; Dietz in HND § 2 Anm. 16e.
Bei Verstoß gegen eine Arbeiterschutzvorschrift ebenso schon für das bisherige Recht: Hueck in HN S. 146, Nipperdey RG Festschrift IV S. 212. A. A. RAG 25, 185, das aber mit Hilfe des § 826 BGB zum selben Ergebnis kommt.

[39]) Vgl. Hueck S. 90.

[40]) Siebert S. 89 ff.

gerichts in Zivilsachen 106, 272 ff. hinzuweisen, in der das Reichsgericht schon unter der Herrschaft des alten Rechts ausgeführt hat, daß das BGB nur Konstruktionen, nicht Richtlinien zur Lösung dieser Frage liefert, daß letztere vielmehr nur aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft zu gewinnen sind. Allerdings hat es das Reichsgericht für nötig befunden, die zutreffend gewonnene Entscheidung doch noch mit einer der Konstruktionen des BGB zu umkleiden, um nicht ganz ohne gesetzliche Grundlage zu entscheiden. Ein derartiges hilfsweises Zurückgreifen auf das BGB ist heute nicht mehr erforderlich, nachdem wir in § 2 II AOG eine Vorschrift haben, die den Gedanken der Betriebsgemeinschaft in einer, auch für das Arbeitsverhältnis gültigen Form zum Ausdruck bringt. Die Grundsätze aber, die das Reichsarbeitsgericht aufbauend auf der oben zitierten Entscheidung für die Lösung der Frage des Betriebsrisikos entwickelt hat[41]) und die unter der Bezeichnung „Sphären-Theorie" bekannt sind, haben auch für das heutige Arbeitsrecht Gültigkeit, weil sie aus den richtigen Gesichtspunkten heraus gewonnen sind. Im einzelnen kann hier auf die Ausführungen bei Hueck S. 110 ff., Hueck in Zeitschrift AfDR 1935, 920 ff. und Stoll in DAR 1934 S. 199 ff., 253 ff. verwiesen werden.

Es sei noch hervorgehoben, daß man heute zweckmäßigerweise auch den § 242 BGB für das Arbeitsverhältnis nicht mehr heranzieht, sondern ausschließlich § 2 II AOG[42]). Der Grundsatz von Treu und Glauben, der in § 242 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, ist typisch auf Verkehrsgeschäfte zugeschnitten, wie sich aus der Verweisung auf die Verkehrssitte ergibt[43]), und daher schon aus diesem Grunde für das Arbeitsverhältnis weniger geeignet. § 2 II AOG ist demgegenüber ausschließlich für das Arbeitsverhältnis erlassen und enthält die Berücksichtigung von Treu und Glauben als selbstverständliche Folge der sich aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft ergebenden Treu- und Fürsorgepflicht.

Die unzutreffende Würdigung des Arbeitsverhältnisses durch das BGB muß naturgemäß am deutlichsten zum Ausdruck kommen bei den besonderen Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag[44]). Schon die Definition des Dienstvertrages in § 611 ist für unsere heutige Anschauung völlig unbefriedigend. An den folgenden Bestimmungen ist dagegen nicht so sehr zu beanstanden, was sie sagen, als das, was sie nicht sagen. An der vorwiegend tech-

[40]) Siebert S. 89 ff.

[41]) Vgl. insbesondere RAG 3, 116.

[42]) Dersch Ztschr. AfDR 1936, 1035. Der Entwurf eines Arbeitsverhältnis-Gesetzes will § 242 BGB durch eine besondere Bestimmung ersetzen. Vgl. Hueck in Zeitschr. AfDR 1938, S. 298, 99.

[43]) Kreller, Zeitschr. AfDR 1938, 302.

[44]) Vgl. Hueck, Zeitschr. AfDR 1938, 299.

nischen Regelung der §§ 620—628 wird man bis zum Erlaß eines neuen Gesetzes festhalten müssen. Im übrigen wird man aber den vom BGB gezogenen Rahmen erheblich überschreiten müssen, will man dem Arbeitsverhältnis als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis gerecht werden.

IV. Die Ausweitung der gesetzlichen Bestimmungen mit Hilfe des Fürsorgegedankens.

Eine Ausweitung gesetzlicher Bestimmungen über den ihnen vom Gesetz gezogenen Rahmen hinaus ist auch schon früher vielfach mit Hilfe des § 242 BGB vorgenommen worden. So ist z. B. § 618 I BGB von Wissenschaft und Rechtssprechung mit Hilfe von § 242 BGB dahin ausgelegt worden, daß der Unternehmer auch für die Wahrung der Sittlichkeit Sorge zu tragen habe[45]), obwohl das BGB eine solche Verpflichtung ausdrücklich nur für den Fall des § 618 II BGB anerkennt. Andererseits hat jedoch die herrschende Meinung stets daran festgehalten, daß die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechtes nicht Vertragsinhalt sind[46]), weil sie ausschließlich öffentlichrechtlichen Charakter tragen und daher höchstens zur Konkretisierung der Unternehmerpflichten aus § 618 I BGB herangezogen werden können[47]). Auf den Streit, ob diese Bestimmungen als technische Normen ausschließlich öffentliches oder auch privates Recht darstellen, soll hier nicht eingegangen werden. Auch wenn es sich hier um ausschließlich öffentlich-rechtliche Bestimmungen handelt, sind heute die in ihnen ausgesprochenen Pflichten jedenfalls auch privatrechtliche Pflichten des Unternehmers, denn es widerspricht unserem heutigen Rechtsempfinden, daß der Unternehmer den Beschäftigten gegenüber zu einer geringeren Fürsorge verpflichtet sein soll, als sie der Staat durch generelle, mit Strafe belegte Vorschriften von ihm fordert[48]). Aus ähnlichem Grund wird man heute auch die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften nicht mehr als für das Arbeitsverhältnis unerheblich abtun dürfen. Diese Vorschriften haben zwar keine Gesetzeskraft, sind aber von einer, gerade für die in Frage kommenden Maßnahmen sachverständigen Stelle erlassen und haben keinen anderen Zweck, als Unfälle zu verhüten. Setzt sich der Unternehmer ohne zwingenden Grund über sie hin-

---

[45]) Hueck in HN S. 261; Kaskel-Dersch, S. 213; Nipperdey in Staudinger § 618 II 4a.

[46]) Hueck in HN S. 117; Kaskel-Dersch, S. 299; a. A. Nipperdey in Staudinger § 618 V 2, VI 2c, in RG Festschrift IV S. 216 ff.; Landmann-Rohmer § 120a Anm. 3d.

[47]) Vgl. Hueck in HN S. 117; Kaskel-Dersch, S. 299.

[48]) Hueck S. 141; in Dietz in HND § 2 Anm. 17; Siebert S. 109 ff.; Dersch Ztschr. AfDR 1935, 903; a. A. anscheinend Molitor S. 117.

weg, so verletzt er damit gleichzeitig auch die ihm durch § 618 BGB auferlegte privatrechtliche Fürsorgepflicht den Beschäftigten gegenüber. Praktisch wird es allerdings selten vorkommen, daß man mit Hilfe dieser Vorschriften zu einer Bejahung der Schadenersatzpflicht des Unternehmers kommt, weil sie nur für versicherungspflichtige Betriebe im Sinne der §§ 537 ff. RVO maßgebend sind, und der Beschäftigte bei solchen in der Regel keinerlei Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer geltend machen kann[49]). Denkbar ist es jedoch, daß ein Beschäftigter auf Erfüllung dieser Vorschriften klagt, nachdem heute fast allgemein anerkannt wird, daß § 618 BGB auch einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung gibt[50]).

Wissenschaft und Rechtssprechung haben ferner schon zur Zeit des alten Rechts die spezielle Fürsorgepflicht des Unternehmers dadurch erweitert, daß sie mit Hilfe von § 242 BGB aus dem Arbeitsvertrag eine — wenn auch sehr begrenzte — Pflicht des Unternehmers ableiteten, für das Eigentum seiner Beschäftigten Sorge zu tragen[51]). Eine solche Pflicht wird man heute ohne irgend welche Auslegung des Parteiwillens unmittelbar aus § 2 II AOG ableiten können und zwar in erheblich verstärktem Umfang[52]). Aufgabe der Rechtssprechung wird es sein, die tatsächlichen Voraussetzungen zu bestimmen, an deren Vorhandensein das Bestehen dieser Pflicht geknüpft ist, da man dem Unternehmer natürlich nicht die Verantwortung für alle Gegenstände aufbürden kann, die der Beschäftigte in den Betrieb mitbringt.

Ungenügend ist ferner auch die vom BGB getroffene Regelung der Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses. § 630 gewährt nur dem Dauerangestellten einen Anspruch auf das Zeugnis. In den §§ 113 GewO, 73 HGB ist zwar darüber hinaus allen gewerblichen Arbeitern und allen Handlungsgehilfen ein solcher Anspruch eingeräumt, aber, soweit ein Beschäftigter weder Dauerangestellter ist, noch einer dieser beiden Gruppen angehört, kann er von dem Unternehmer die Ausstellung eines Zeugnisses nicht verlangen. Diese ungleichartige

---

[49]) Ausnahme, wenn durch Strafurteil Vorsatz des Unternehmers festgestellt ist, § 898 RVO.

[50]) Hueck S. 122; Dietz in HND § 2 Anm. 17; Dersch, AfDR 1935, 904. A. A. Molitor S. 117 u., mit gewichtigen Gründen, Kreller, Zeitschr. AfDR 1938 S. 303 ff. Da es sich jedoch dabei um eine Frage ohne große praktische Bedeutung handelt (Hueck in HN S. 262 Anm. 11), soll hier nicht darauf eingegangen werden.

[51]) Hueck in HN S. 261, 262 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Nipperdey in Staudinger § 618 II 4b.
In welch engem Rahmen dies geschah vgl. RAG 10, 30 mit Kritik von Hueck.

[52]) Dietz in HND § 2 Anm. 17; Kreller Zeitschr. AfDR 1938 S. 303; Dersch, Zeitschr. AfDR 1935 S. 905, 906, 1936, S. 1039; Mansfeld-Pohl S. 110.
Der Entwurf will diese Pflicht gesetzlich festlegen; vgl. Hueck, Zeitschr. AfDR 1938, 300.

Behandlung der verschiedenen Gruppen von Beschäftigten ist durch nichts gerechtfertigt und nur mit der Zersplitterung unseres heutigen Arbeitsrechtes zu erklären. Mit Hilfe des § 2 II AOG ist auch hier über den durch das Gesetz gezogenen Rahmen hinauszugehen und allen Arbeitern und Angestellten ein Anspruch auf das Zeugnis zu gewähren[53]). Weiter ist eine Ausdehnung auch hinsichtlich des Zeitpunktes der Zeugniserteilung erforderlich: § 630 BGB gibt den Anspruch auf das Zeugnis „bei Beendigung" des Arbeitsverhältnisses, d. h. also bei Ausscheiden des Beschäftigten aus dem Betrieb. Mit einem solchen Zeugnis wird dem Beschäftigten jedoch vielfach nicht richtig gedient sein, weil er sich schon vor dem Ausscheiden aus dem Betrieb nach einer neuen Stelle umtun wird — § 629 BGB gewährt ihm dazu die rechtliche Möglichkeit — und dafür das Zeugnis braucht. Es ist daher vom Unternehmer zu verlangen, daß er dem Fortkommen des Beschäftigten nicht im Wege steht und ihm auf Wunsch schon vor dem Ausscheiden ein vorläufiges Zeugnis ausstellt[54]), zumal das für ihn keine besondere Belastung bedeutet.

§ 2 II AOG kann aber nicht nur zu einer Erweiterung bestehender gesetzlicher Bestimmungen ihrem Umfang nach führen, sondern auch zu einer Erweiterung ihrer Wirkung nach: Enthält eine gesetzliche Bestimmung bisher dispositives Recht, so kann sich aus der Fürsorgepflicht des Unternehmers ergeben, daß sie von nun an zwingendes Recht darstellt[55]). Praktische Beispiele lassen sich hierfür allerdings noch nicht anführen. Zwar hat man von § 616 BGB behauptet[56]), er müsse wenigstens teilweise als zwingendes Recht angesehen werden, weil es der Fürsorgepflicht des Unternehmers widerspreche, dem Beschäftigten bei unverschuldeter Krankheit, bei Betriebsappellen, bei SA-Dienst etc. den Lohn abzuziehen, wenn in der Tarifordnung, der Betriebsordnung oder dem Arbeitsvertrag die Klausel enthalten ist, bezahlt wird nur wirklich geleistete Arbeit. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden: Die Abdingbarkeit des § 616 BGB hat ihren guten Grund darin, daß es für zahlreiche Betriebe untragbar wäre, jedem Beschäftigten, der ohne sein Verschulden der Arbeit fernbleibt, den Lohn zahlen zu müssen, weil sie aus technischen Gründen nicht in der Lage sind, die vorgebrachten Entschuldigungsgründe auf ihre Stichhaltigkeit nachzuprüfen, sei es, daß die Anzahl der im Betrieb Beschäftigten zu groß ist, sei es, daß die zu zahlenden Lohnbeträge im Einzelfall zu gering sind, als daß sich eine Nachprüfung lohnen würde. Wie groß die Bedeutung der praktischen Gründe ist, die gegen die Unabdingbar-

[53]) Dersch, DAR 1936, 69.
[54]) Hueck S. 125; Dersch DAR 1936, 70; Molitor S. 144. Schon für das frühere Recht Hueck in HN S. 280, Kaskel-Dersch, S. 244, 245.
[55]) Dietz in HND § 2 Anm. 16q; Rust DAR 1935, 335 ff.
[56]) Rust DAR 1935, 335 ff.

keit sprechen, ergiht sich daraus, daß auch in den neuen, von den Treuhändern der Arbeit erlassenen Tarifordnungen die Klausel: Bezahlt wird nur wirklich geleistete Arbeit, häufig ist. Allerdings werden von diesem Grundsatz vielfach Ausnahmen gemacht, zum Beispiel dergestalt, daß die Bezahlung doch gewährt wird bei einem Todesfalle in der Familie, bei Krankheit etc. Sollte sich in dieser Beziehung einmal eine einheitliche Praxis der Treuhänder herausbilden, so würde das den Schluß zulassen, daß in diesen Fällen keine entscheidenden praktischen Gründe gegen die Lohnzahlungspflicht sprechen, sodaß die Bezahlung zu einer unabdingbaren Folge der Fürsorgepflicht des Unternehmers wird.

3. Abschnitt.

Welche neuen, bisher noch nicht anerkannten Ansprüche ergeben sich aus § 2 II AOG?

Wenn im vorigen Abschnitt mit Hilfe des § 2 II AOG bestehende gesetzliche Ansprüche über ihren bisherigen Rahmen hinaus erweitert worden sind, so bedeutet das praktisch nichts anderes als die Anerkennung neuer Ansprüche der Beschäftigten. Um genau dasselbe handelt es sich im Folgenden mit dem nur äußerlichen Unterschied, daß überhaupt keine gesetzlichen Bestimmungen da sind, die einen ähnlichen und nur in seinem Umfang begrenzteren Anspruch gewähren.

I. Der Anspruch auf Beschäftigung.

Das BGB hat das Arbeitsverhältnis als schuldrechtlichen Austauschvertrag behandelt, bei dem Arbeit gegen Lohn ausgetauscht wird. Es spricht daher vom Dienstverpflichteten und Dienstberechtigten und übersieht völlig, daß der Gefolgsmann nicht nur zu Dienstleistungen verpflichtet ist, sondern unter Umständen ein erhebliches Interesse daran hat, tatsächlich beschäftigt zu werden. Die herrschende Lehre[1]) hielt sich jedoch an den Wortlaut des BGB und zog daraus den Schluß, daß ein Gefolgsmann nur bei besonderer vertraglicher Vereinbarung einen Anspruch auf Beschäftigung habe, nahm jedoch andererseits — um den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen — eine stillschweigende Vertragsvereinbarung immer da an, wo der Beschäftigte ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hatte und dieses dem Unternehmer bei Vertragsschluß bekannt war.

§ 2 II AOG gibt nun heute die Möglichkeit, diesen — häufig fiktiven — Umweg über eine Vertragsauslegung zu ersparen und den Beschäftigungsanspruch unmittelbar aus dem Gesetz herzuleiten.

---

[1]) Hueck in HN S. 255, 256; Kaskel-Dersch S. 215; RGZ 106, 274, RG JW 1903 Beilage 16, RAG Bensh. Sammlg. 1,69 3,18, 3,190, 9,72. A. A. Nipperdey in Staudinger § 611 IX 4, der aus Treu und Glauben für jeden Gefolgsmann einen Beschäftigungsanspruch ableiten will.

In dieser Hinsicht besteht auch heute kaum noch Streit[2]). Zweifelhaft ist jedoch, in welchem Umfang ein solcher Anspruch anzunehmen ist. Die in der Wissenschaft heute herrschende Meinung[3]), will jedem Gefolgsmann grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Beschäftigung geben, der nur dann entfallen soll, wenn auf Seiten des Unternehmers gewichtige Gründe dagegen sprechen. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Arbeit die Ehrenpflicht eines jeden Deutschen gegenüber Volk und Staat sei, an deren Erfüllung ihn der Unternehmer nicht willkürlich hindern dürfe[4]). Dieses Argument erscheint jedoch in keiner Weise überzeugend[5]): Wenn man heute die Arbeit als eine Ehrenpflicht eines jeden Deutschen bezeichnet, so soll das ausschließlich die Geisteshaltung zum Ausdruck bringen, mit der man an die Arbeit herangehen soll: Sie soll nicht nur individualistisch als Last, oder als Mittel zum Gelderwerb aufgefaßt werden, sondern sozialistisch als Dienst am Volk und damit Ehrendienst. Es ist wirklichkeitsfremd, dem Gefolgsmann deswegen einen Anspruch auf Beschäftigung einzuräumen, weil er sich zur Arbeit anders einstellen, sie als Ehrenpflicht auffassen soll. Sie ist für ihn nichtsdestoweniger eine Pflicht, von der er im allgemeinen gerne einmal für längere oder kürzere Zeit befreit ist. Allein die Interessenlage kann daher darüber entscheiden, in welchem Umfang dem Gefolgsmann ein Anspruch auf Beschäftigung zuzusprechen ist[6]). Hierbei ist grundsätzlich davon auszugehen, daß ein Rechtsanspruch nur bei schutzwürdigem Interesse anzuerkennen ist. Es genügt also nicht, daß der Unternehmer dem Gefolgsmann willkürlich die Beschäftigung verweigert, sondern dieser muß ein schutzwürdiges Interesse an ihr haben.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß grundsätzlich jeder Mensch ein Interesse an der Beschäftigung hat. Dies hat sich insbesondere in der Zeit der großen Arbeitslosigkeit gezeigt, wo die Arbeitslosen froh waren, überhaupt arbeiten zu dürfen. Es ist aber ebenso unbezweifelbar, daß dieses Interesse erst bei länger dauernder Nichtbeschäftigung einsetzt. Für gewöhnlich wird also dieses allgemeine Interesse nicht gegeben sein, es kann daher auch nicht Grundlage eines allgemeinen Beschäftigungsanspruches sein.

---

[2]) Dafür Hueck S. 121; Dietz in HND § 2 Anm. 18; Siebert S. 101; Dersch Zeitschr. AfDR 1935 S. 371, 904; Mansfeld-Pohl S. 110; Kreller Zeitschr. AfDR 1938 303. Dagegen: Wagner: Die Einwirkung der nat.soz.Arb.Verfassung auf die grundsätzl. Neugestaltung des Arbeitsvertrages S. 168, anscheinend auch Molitor S. 114.

[3]) Hueck, Dietz, Siebert, Dersch a. a. O. Dies auch die Stellung des Entwurfs eines Arbeitsverhältnisges.; vgl. Hueck Zeitschr. AfDR 1938, 300.

[4]) Hueck, Dietz a. a. O.

[5]) Dagegen auch Kreller Zeitschr. AfDR. 1938, 303.

[6]) Vgl. Hueck in Molitor — Hueck — Riezler S. 145; Kreller Arch. f. ziv. Prax. 125, 85.

Das wichtigste und häufigste Interesse, das der Gefolgsmann an der tatsächlichen Beschäftigung hat, ergibt sich aus der Verletzung seines Ehrgefühls. Wird er vom Unternehmer bezahlt, aber nicht beschäftigt, so läuft er nicht nur Gefahr, von seinen Mitmenschen schief angesehen zu werden, sondern es wird auch häufig gegen seine Selbstachtung verstoßen, ohne Arbeitsleistung bezahlt zu werden, und ihn kränken, daß der Unternehmer es vorzieht, auf seine Arbeitsleistung zu verzichten. Dieses Interesse des Gefolgsmanns wird regelmäßig vorhanden sein. An sich wäre es daher durchaus geeignet, die Grundlage für einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch im Sinne der herrschenden Lehre abzugeben, wenn dem nicht wichtige Gründe entgegenstünden:

Das Arbeitsverhältnis ist ein Gemeinschaftsverhältnis, das auf gegenseitigem Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung aufgebaut ist. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so sind ihm die wichtigsten Grundlagen entzogen, seine Fortsetzung ist weder im Interesse der Allgemeinheit noch der Beteiligten wünschenswert.

Der häufigste Fall nun, in dem ein Gefolgsmann bezahlt, aber nicht beschäftigt wird, ist der, daß der Unternehmer ihm zum nächsten zulässigen Termin gekündigt hat und bis dahin auf seine Dienstleistung verzichtet. Diese Kündigung kann regelmäßig als Indiz dafür gewertet werden, daß das zwischen Unternehmer und Gefolgsmann bestehende Vertrauensverhältnis zerstört ist. Unter diesen Umständen aber ist es dem Unternehmer nicht zuzumuten, das Gemeinschaftsverhältnis mit dem Gefolgsmann nur deswegen fortzuführen, weil dieser sich durch die Nichtbeschäftigung in seiner Ehre gekränkt fühlt. Nur wenn ganz besondere Umstände vorliegen, ist der Unternehmer in einem solchen Fall auf Grund seiner Fürsorgepflicht zur Beschäftigung des Gefolgsmannes verpflichtet, sei es, daß dieser ein besonderes materielles Interesse an der Beschäftigung hat, wie z. B. der Bühnenkünstler an dem Bekanntwerden seines Namens, oder ein besonderes ideelles Interesse wie es z. B. ein Buchhalter hat, dessen guter Ruf durch eine Nichtbeschäftigung vor Ablauf der Kündigungsfrist aufs schwerste gefährdet werden kann. Der Gefolgsmann muß im Prozeß dieses Interesse beweisen, der Unternehmer kann den Gegenbeweis führen, daß die Gründe, die ihn zur Nichtbeschäftigung veranlaßt haben, noch gewichtiger sind.

Für den hier vertretenen Standpunkt spricht auch der § 57 AOG. Nach dieser Vorschrift ist der Unternehmer nicht verpflichtet, den unbillig gekündigten Gefolgsmann weiter zu beschäftigen, sondern er kann ihn mit einer Entschädigung abfinden. Auch § 57 AOG geht also davon aus, daß ein gekündigtes Gemeinschaftsverhältnis meistens ein zerstörtes Gemeinschaftsverhältnis ist, dessen Fortsetzung dem Unternehmer nicht zuzumuten ist[7]).

[7]) Vgl. Hueck in HND Vorbem. 2 vor § 56.

Etwas anderes muß gelten, wenn der Unternehmer den Gefolgsmann, o h n e ihm zu kündigen, nicht beschäftigt, z. B. einen Schwerkriegsbeschädigten. Hier ist eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Unternehmers anzuerkennen, weil es grundsätzlich seiner Fürsorgepflicht widerspricht, einen Gefolgsmann, mit dem er das Arbeitsverhältnis noch aufrecht erhalten will, nicht zu beschäftigen. Er mag daher beweisen, daß triftige Gründe betrieblicher oder auch persönlicher Art ihn zu dieser Handlungsweise berechtigen[8]). Der Gefolgsmann kann sich dagegen darauf beschränken, darzutun, daß er ohne Kündigung nicht beschäftigt wird.

II. Der Anspruch auf Erholungsurlaub.

Ein Anspruch auf Erholungsurlaub ist durch die bestehenden Gesetze nicht anerkannt[9]), doch bildet er in der Praxis auf Grund Tarifordnung, Betriebsordnung und einzelvertraglicher Abmachungen durchaus die Regel[10]). Dennoch erscheint es zweifelhaft, ob man hier von einem gewohnheitsrechtlichen Anspruch auf Urlaub sprechen kann[11]), oder ob es an dem Gefühl rechtlicher Verpflichtung fehlt, das zu der allgemeinen Übung hinzugetreten wäre. Jedenfalls hat sich die Rechtssprechung bisher geweigert, ein solches Gewohnheitsrecht anzuerkennen und hat den Beschäftigten, der sich nicht auf eine Bestimmung der Tarifordnung, der Betriebsordnung oder des Arbeitsvertrages stützen konnte, den Anspruch auf Erholungsurlaub versagt[12]). Wie man sich zu der Frage eines Gewohnheitsrechts auch immer stellen mag, jedenfalls wird man heute das Ergebnis ablehnen müssen, zu dem die Rechtsprechung gekommen ist, weil es im Widerspruch zu § 2 II AOG steht. Der Gedanke der Fürsorge und Betriebsgemeinschaft verlangt vom Unternehmer, daß er dem Beschäftigten einmal im Jahre die Möglichkeit gibt, von der Arbeit auszuspannen und sich zu erholen. Aus § 2 II AOG läßt sich somit unmittelbar ein Anspruch auf Erholungsurlaub ableiten[13]).

---

[8]) Diesen Standpunkt vertritt grundsätzlich die herrschende Lehre, vgl. Anm. 3.

[9]) Ausnahme § 21 Jugendschutzgesetz: Urlaub für Jugendliche.

[10]) Hueck S. 124.

[11]) So z. B. Mansfeld Anm. zu LAG Hamburg 30, 241 (244). Dersch Ztschr. AfDR 1936, 1035.

[12]) So noch in der letzten Zeit RAG 23, 173 mit zustimmender Anmerkung Mansfelds, anscheinend auch Molitor S. 109 ff.

Vor Inkrafttreten des AOG war diese Meinung unbestritten: Hueck in HN S. 268, Kaskel-Dersch S. 216.

[13]) Heute herrschende Meinung in der Literatur: Hueck S. 124; Dietz in HND § 2 Anm. 17e; Siebert S. 100, 101; Mansfeld Anm. zu LAG Hamburg 30, 241; Grußendorf S. 19. A. A. anscheinend Molitor S. 109 ff.

Diese Auffassung ist früher heftig bekämpft worden[14]) mit der Begründung, § 2 II AOG sei in seiner allgemeinen Fassung niemals geeignet, einen konkreten Anspruch auf z. B. 6 Tage Urlaub zu begründen[15]). An anderer Stelle ist schon einmal hervorgehoben worden, daß dieses Argument unzutreffend ist. Allerdings kann man aus § 2 II AOG nicht allgemein folgern, daß bei mangelnder anderweitiger Bestimmung ein Mindesturlaubsanspruch von 6 Tagen gegeben sei; dazu bedarf es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Wohl aber kann sich aus § 2 II, angewandt auf die besonderen Verhältnisse, ein solcher Urlaubsanspruch ergeben. Bei einem so typischen und allgemeinen Anspruch wie dem Urlaubsanspruch ist die Ausfüllung des durch § 2 II AOG gegebenen Rahmens durchaus nicht schwierig. Ebenso wie im Falle des § 612 II BGB ist hier darauf abzustellen, was unter dem betreffenden Umständen, bei einem solchen Beschäftigten, bei einem solchen Betrieb üblich ist.

Es ist daher heute in der Wissenschaft allgemein anerkannt, daß § 2 II AOG unmittelbare Grundlage eines Urlaubsanspruches ist, wenn es an einer anderweitigen Bestimmung darüber fehlt. Zweifel bestehen jedoch noch darüber, wonach sich die Höhe des Urlaubsentgelts bestimmt. Während die in der Literatur heute herrschende Lehre[16]) davon ausgeht, daß maßgebend der Jahresdurchschnittslohn sein müsse, stellt die Praxis[17]) ausschließlich darauf ab, was der Gefolgsmann verdient hätte, wenn er statt in Urlaub zu gehen, gearbeitet hätte. Bei gleichmäßig beschäftigten Betrieben spielt diese Streitfrage keine Rolle, weil die Höhe des Entgelts dort immer die gleiche ist, wohl aber bei den Betrieben, welche für längere oder kürzere Zeit im Jahr kurzarbeiten oder Überstunden machen.

Wenn die Rechtsprechung die Auffassung vertritt, der Gefolgsmann, der Urlaub habe, dürfe weder besser, noch schlechter gestellt sein, als seine arbeitenden Kameraden[18]), so stellt sie sich damit auf den Standpunkt einer rechnerischen Gerechtigkeit. Rechnerisch ist der Beschäftigte im Vorteil, der während der Urlaubszeit ungekürzten Lohn erhält, während die anderen Gefolgsleute kurzarbeiten. Anders ist es jedoch, wenn man auf die für den Urlaub wesentliche Erholung abstellt[19]): Ein Arbeiter, und nur bei ihm wirken sich

---

[14]) Vor allem von Mansfeld-Pohl S. 108, 109; Dietz in HND 1. Aufl. § 2 Anm. 16.

[15]) So noch Mansfeld Zeitschr. AfDR 1935, 908.

[16]) Hueck in HN S. 272, insbesondere Anm. 29; Nipperdey in Staudinger § 611 XII 5, in Anm. zu RAG 26, 175 (178); Dietz in HND § 2 Anm. 17e.

[17]) Vgl. die in Hueck-Nipperdey S. 272 Anm. 29 zitierte Rechtsprechung. Neuestens noch RAG 26, 175. Zustimmend Schlüter-Wallichs S. 64 ff. mit weiteren Nachweisen in Anm. 7, Poetsch DAR 1937, 270.

[18]) Insbesondere RAG 26, 175.

[19]) Vgl. zu Folgendem Nipperdey in Anm. zu RAG 26, 175 (178 ff.).

Kurzarbeit und Überstunden auf den Lohn aus, legt sich nicht vom Jahreslohn eine Summe für den Urlaub zurück, sondern ist auch während der Urlaubszeit auf das angewiesen, was er vom Unternehmer erhält. Erhält er während des Urlaubs einen gekürzten Lohn, so trifft ihn dies in einer ganz anderen Weise als seine arbeitenden Kameraden. Auch für diese ist es hart, daß sie sich einschränken müssen, aber es handelt sich für sie doch nicht um die Zeit des Jahres, in der sie sich erholen sollen, auf die sie sich wahrscheinlich schon seit langem gefreut haben und für die sie Pläne gemacht haben, die nun aus geldlichen Gründen zunichte werden. Eine wirkliche Erholung ist nur möglich, wenn nicht finanzielle Sorgen dazwischen treten, die den Beschäftigten zwingen, seine Lebensbedürfnisse noch mehr als gewöhnlich einzuschränken. Die wahre Gerechtigkeit ist also nicht damit erreicht, daß man allen Arbeitern im Laufe eines Jahres denselben Lohn zukommen läßt, sondern daß man ihnen allen die gleiche Erholungsmöglichkeit gibt, ohne Rücksicht darauf, ob der eine dadurch für ein paar Tage mehr Lohn erhält, als die anderen.

Hiergegen kann man nicht vorbringen, es entspreche dem Gedanken, der Betriebsverbundenheit, daß der Gefolgsmann in konjunkturell guten Zeiten an dem Mehrverdienst, in schlechten Zeiten an dem Minderverdienst teilnehme[20]). Die Betriebsgemeinschaft ist keine Gewinn- und Verlustgemeinschaft[21]), das wirtschaftliche Risiko hat vielmehr ausschließlich der Unternehmer zu tragen. Dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft würde es entsprechen, daß der Gefolgsmann in guten wie in schlechten Zeiten immer gleich entlohnt wird. Daß sich das praktisch nicht durchführen läßt, daß er durch Kurzarbeit und Überstunden doch bis zu einem gewissen Grade an dem Ergebnis des Betriebes mitbeteiligt wird, ist zwar unvermeidlich, darf aber nicht zum Anlaß genommen werden, um dem Gefolgsmann, dessen Urlaubszeit gerade in die Zeit der Kurzarbeit fällt, den Urlaub zu verkümmern.

Zu welch unbilligen Ergebnissen die Gegen-Meinung in extremen Fällen führen kann, hat Hueck[22]) gezeigt an Hand des Beispiels, daß die Urlaubszeit gerade in die Zeit des Betriebsstillstandes fällt. Dieses Beispiel macht auch deutlich, daß es noch aus einem weiteren Grunde gerechtfertigt ist, dem beurlaubten Gefolgsmann weder den Lohn für Kurz- noch für Mehrarbeit zu zahlen: Er hat weder wie seine Arbeitskameraden den Vorteil der Kurzarbeit und der längeren Freizeit gehabt, noch den Nachteil der Überstunden und kürzeren Freizeit. Es ist daher auch nicht billig, ihn hinsichtlich der Bezahlung den anderen Beschäftigten ohne weiteres gleichzustellen.

---

[20]) Poetsch DAR 1937, 270.
[21]) Hueck S. 113; Mansfeld DAR 1936, 119. Vgl. auch RAG 30, 87.
[22]) Hueck in HN S. 272 Anm. 29.

Der Unternehmer hat also, wenn nichts Anderes vertraglich vereinbart ist, während der Urlaubszeit nicht den durch die besonderen Umstände bedingten Lohn zu zahlen, sondern den Normallohn[23]). Erhebliche Schwierigkeiten kann allerdings die Feststellung dieses Lohnes machen[24]). Sicher ist bei seiner Berechnung der während der Urlaubszeit geltende Stundenlohn zugrunde zu legen[25]). War dieser im Laufe des zurückliegenden Jahres einmal höher, so verdient das keine Berücksichtigung, weil die allgemeinen Verhältnisse, die zu der Herabsetzung geführt haben, auch für die Urlaubszeit maßgebend sein werden. Zweifelhaft erscheint es ferner, ob man hinsichtlich der zu vergütenden Zeit die durchschnittliche Arbeitszeit des vergangenen Jahres zu Grunde legen soll, — was in vielen Fällen praktisch gar nicht möglich sein wird[26]) — oder einen kürzeren Zeitraum. Eine völlig schematische Lösung ist hier nicht möglich, vielmehr wird man den Normallohn nach den Grundsätzen des § 2 II AOG zu ermitteln haben. Vorübergehende Abweichungen in der Arbeitszeit des letzten Jahres, sei es nach oben oder nach unten, wird man grundsätzlich unberücksichtigt lassen müssen. Im übrigen aber wird es billig sein, den Maßstab dem letzten Viertel- bis halben Jahr zu entnehmen unter Berücksichtigung der Aussichten für die Zukunft. Hat z. B. im Lauf des zurückliegenden Vierteljahres eine wirtschaftliche Depression eingesetzt, die den Unternehmer zur Kurzarbeit gezwungen hat, und auf deren baldige Behebung auch keine Aussichten bestehen, so wäre es eine ungerechtfertigte Belastung des Betriebes, wollte man auch die vorangegangene, günstigere Zeit zur Berechnung des Normallohnes heranziehen. Handelt es sich dagegen um einen Betrieb, der typisch während der Sommermonate seine stille Geschäftszeit hat, dann kann diese Zeit nicht als Maßstab hergenommen werden, selbst wenn sie auch gleichzeitig typische Urlaubszeit ist. Ebenso wird man es z. B. auch berücksichtigen müssen, wenn der Gefolgsmann während der ganzen letzten Monate und voraussichtlich auch in Zukunft zur Nachtarbeit angestellt ist[27]), oder regelmäßig Überstunden macht.

Die hier vorgeschlagene Regelung verbürgt allerdings nicht dieselbe Rechtssicherheit, wie die von der Praxis heute angewandte. Geht man aber von dem Grundsatz aus, daß der Unternehmer dem

---

[23]) So auch Schlüter-Wallichs S. 65, der aber offenbar die Zeit unmittelbar vor und während des Urlaubs für die Berechnung des Normallohnes maßgebend sein lassen will.

[24]) Dieses nicht leicht zu nehmende Bedenken hat vor allem das RAG 26, 175 (178) gegen die von der Wissenschaft vertretene Meinung vorgebracht.

[25]) Schlüter-Wallichs S. 65.

[26]) RAG 26, 178.

[27]) RAG 29, 39. Vgl. auch RAG 26, 16 mit zustimmender Anmerkung von Hueck, der die hier vertretende Auffassung praktisch zu teilen scheint.

Beschäftigten ein möglichst hohes Urlaubsentgelt gewähren und nicht kleinlich nachrechnen soll, ob die Umstände vielleicht doch einen geringeren Lohn rechtfertigen, so sind die Gefahren für die Rechtssicherheit nicht allzu groß, vorausgesetzt, daß der Unternehmer diesem Grundsatz Rechnung trägt. Jedenfalls kann man sie wohl kaum größer veranschlagen als bei der von der Wissenschaft vorgeschlagenen Lösung, den Jahresdurchschnittslohn zugrunde zu legen, weil dessen Höhe in vielen Fällen streitig, ja häufig überhaupt nicht mehr feststellbar sein wird.

III. Der Anspruch auf Gewährung einer Gratifikation und einer Pension.

Ein gesetzlicher Anspruch auf Gewährung einer Gratifikation und einer Pension läßt sich auch aus § 2 II AOG nicht ableiten.

Bei der Gratifikation hat dies einmal seinen Grund darin, daß sie eine Form des Entgelts für geleistete Dienste darstellt[28]), das als besondere Zulage — gewöhnlich zu Weihnachten — gewährt wird. Diese Sitte ist weitverbreitet und begrüßenswert. Solange sie aber nicht gesetzlich festgelegt ist, kann man dem Unternehmer nicht das Recht absprechen, das ganze Entgelt für die ihm geleisteten Dienste in Form von gewöhnlichen Löhnen zu gewähren. Gerade weil die Gratifikation eine grundsätzlich freiwillige Zuwendung des Unternehmers an seine Gefolgschaft ist, stellt sie zweitens häufig eine Art der Beteiligung der Gefolgschaft an dem Geschäftsergebnis dar, auf die nach unserer heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung kein Anspruch besteht.

In vielen Betrieben wird die Gratifikation jedoch ohne Rücksicht auf den erzielten Jahresgewinn in fester Höhe alljährlich verteilt, sodaß der Beschäftigte mit ihrem Erhalt fest rechnet und sie als Teil seines Lohnes betrachtet. Für diese Vertrauensveranlassung muß der Unternehmer einstehen. Wissenschaft und Praxis[29]) nehmen daher in solchen Fällen eine stillschweigende vertragliche Zusicherung an, sodaß der Beschäftigte auf den Erhalt der Gratifikation einen Rechtsanspruch hat.

Da sich die Unternehmer häufig nicht dergestalt binden wollen, ist es vielfach üblich, eine Klausel in die Betriebsordnung bezw. in den Einzelarbeitsvertrag aufzunehmen, wonach sich der Unternehmer bei der Gewährung der Gratifikation freie Hand vorbehält. Grundsätzlich entfällt damit ein Rechtsanspruch des Beschäftigten auf diese

[28]) Hueck S. 102; Kaskel-Dersch S. 182; Molitor S. 62, 99.
[29]) Hueck, Kaskel-Dersch a. a. O.; RAG 23, 200 29, 209; weitere Nachweise in der Anm. von Hueck zu letzterer Entsch.

Sonderleistung mit einer Ausnahme, die sich aus § 2 II AOG ergibt: Gewährt der Unternehmer anderen Beschäftigten, bei denen die gleichen Voraussetzungen vorliegen, die Gratifikation, so hat der Gefolgsmann einen unabdingbaren Anspruch darauf, sie auch zu erhalten, es sei denn, daß der Unternehmer für die Verweigerung triftige Gründe hat.

Der Grund für die Anerkennung eines solchen bedingten Anspruches ist vor allem in dem Entgeltcharakter der Gratifikation zu suchen: Wäre sie ein Geschenk, so könnte man schwerlich etwas dagegen einwenden, daß der Unternehmer sie nach Willkür verteilt. So aber ist nicht einzusehen, warum der eine Beschäftigte ohne triftigen Grund ein geringeres Entgelt erhalten soll, als die anderen. Der Grundsatz der Betriebsgemeinschaft verpflichtet den Unternehmer, gleiches Recht für alle geltend zu lassen[30]). Zwar ist er nicht verpflichtet, überhaupt eine Gratifikation zu verteilen, tut er das aber, so darf er nicht ohne wichtigen Grund einen einzelnen Beschäftigten davon ausnehmen.

Die Gerichte haben sich mit diesem Fall schon mehrfach auseinandersetzen müssen[31]). Sie haben jedesmal in der oben angegebenen Weise entschieden, sich jedoch damit begnügt, dieses Ergebnis mit Hilfe einer Auslegung der vom Unternehmer in die Betriebsordnung aufgenommenen Klausel zu erzielen. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich jedoch gar nicht um eine Auslegungsfrage, sondern um die Anerkennung eines aus § 2 II AOG sich ergebenden zwingenden Anspruchs. Worin der praktische Unterschied zu dem von der Rechtsprechung vertretenen Standpunkt liegt, wird klar, wenn man einmal annimmt, ein Unternehmer habe, durch die angegebenen Entscheidungen gewitzt, in die Betriebsordnung die Klausel aufgenommen, daß für die Geltendmachung von Gratifikationsansprüchen der Rechtsweg ausgeschlossen ist. An dieser Klausel müssen alle Auslegungsversuche scheitern. Nur wenn man dem Beschäftigten einen zwingenden (bedingten) Rechtsanspruch aus § 2 II AOG zuspricht, kann man das unerfreuliche Ergebnis vermeiden, daß sich ein Unternehmer mit Hilfe einer solchen Klausel über die Anforderungen der Billigkeit und Gerechtigkeit hinwegsetzt.

In vollem Umfang kann jedoch den erwähnten Entscheidungen zugestimmt werden, wenn in ihnen ausgeführt wird, ein Beschäftigter, der die Treupflicht verletzt habe, könne diesen Anspruch nicht geltend machen. Hier zeigt es sich, daß die Gratifikation in ihrer heutigen Form keinen Lohn darstellt[32]), da dieser grundsätzlich auch

---

[30]) Hueck in Anm. zu LAG Magdeburg, 27, 75 (78).
[31]) LAG Magdeburg 27, 75; LAG Hamburg 29, 172.
[32]) A. A. anscheinend Molitor S. 99.

einem treubrüchigen Beschäftigten zu zahlen ist, sondern eine Belohnung mit Entgeltcharakter[33]), die nur dem gebührt, der selber seine Treupflicht erfüllt.

Das LAG Dortmund hat in seiner Entscheidung 30, 44 Arb. Rechtssamml. ausgeführt, daß die Gewährung von Ruhegeld ein Ausfluß der Treu- und Fürsorgepflicht des Unternehmers sei, beruhend auf der ethischen Forderung, kranke und dienstunfähige Gemeinschaftsmitglieder nicht einfach ihrem Schicksal zu überlassen.

Diesen Ausführungen kann durchaus zugestimmt werden[34]). Dennoch ergibt sich aus § 2 II AOG keine allgemeine Rechtspflicht des Unternehmers zur Gewährung von Ruhegeld. Daß eine solche Rechtspflicht für die meisten Unternehmer schon aus dem Grunde nicht in Frage kommt, weil sie wirtschaftlich zur Bezahlung eines Ruhegeldes nicht in der Lage sind, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Unter diesen Umständen kann man aber auch den leistungsfähigen Unternehmern keine solche Pflicht auferlegen, da eine derart schwerwiegende, ungleichartige Belastung der verschiedenen Unternehmungen unserer heutigen Wirtschaftsordnung widersprechen würde. Ebenso wie ein Gratifikationsanspruch besteht daher auch ein Pensionsanspruch nur bei besonderer vertraglicher Abmachung, die sowohl ausdrücklich, wie auch stillschweigend erfolgt sein kann[35]). Stillschweigende Vereinbarungen werden von der herrschenden Lehre vor allem dann angenommen, wenn der Beschäftigte nach den ganzen Umständen des Einzelfalles mit dem Erhalt eines Ruhegeldes rechnen konnte, sei es, daß in dem Betrieb oder in der Branche ein entsprechender Brauch besteht[36]), oder daß der Unternehmer eine Ruhegeld-Ordnung erlassen hat[37]).

Auch wenn kein vertraglicher Anspruch auf Gewährung einer Pension besteht, ist aber ein zwingender gesetzlicher Anspruch — ebenso wie bei der Gratifikation — dann anzuerkennen, wenn der Unternehmer allen anderen Beschäftigten in der gleichen Lage ein Ruhegeld gewährt und es nur dem einen Gefolgsmann ohne triftigen Grund verweigert[38]).

Für die Anerkennung dieses Anspruches ist auch hier die Erwägung maßgebend, daß das Ruhegeld nicht schenkungsweise, son-

---

[33]) Hueck Anm. zu LAG Hamburg 29, 172 (175); Kaskel-Dersch S. 182.

[34]) Vgl. dazu und zu Folgendem Hueck in Anm. zu LAG Dortmund 30, 44 (48 ff.) und DAR 1938 S. 124 ff.

[35]) LAG Kiel 20, 183; LAG Breslau 21, 14; RAG 23, 37; 28, 311; LAG Aachen 30, 32 und insbesondere LAG Dortmund 30, 44 mit Anm. von Hueck; vgl. dazu noch Hueck DAR 1938 S. 124, 125.

[36]) RAG 23, 37; LAG Dortmund 30, 44; Hueck in Anmerkungen zu diesen Entscheidungen und in DAR 1938, 125.

[37]) Ständige Rspr. des RAG, vgl. RAG 29, 380 mit weiteren Nachweisen. Ebenso Hueck DAR 1938, 125.

[38]) Hueck DAR 1938, 127; im Ergebnis ebenso RAG 27, 236 32, 28.

dern als Entgelt für geleistete Dienste gewährt wird und der Unternehmer daher nicht dem einen Beschäftigten dieses Entgelt verweigern kann, wenn er es dem anderen gewährt[39]).

Hat der Unternehmer einen Beschäftigten in einer Pensionskasse aufnehmen lassen, gegen die der Beschäftigte keinen unmittelbaren Anspruch hat, so ist der Unternehmer auf Grund der aus § 2 II AOG sich ergebenden Fürsorgepflicht verpflichtet, dem Beschäftigten seinen Anspruch gegen die Kasse zur Geltendmachung abzutreten. Ist der Beschäftigte laut Kassensatzung auch hierzu nicht befugt, so ist der Unternehmer sogar verpflichtet, den Anspruch selber zu Gunsten des Beschäftigten einzuklagen, vorausgesetzt, daß die Aufwendungen für einen solchen Prozeß in einem angemessenen Verhältnis zu den Erfolgsaussichten stehen[40]).

IV. Der Anspruch auf Erfüllung der dem Unternehmer durch die Sozialversicherung auferlegten Pflichten.

Durch die Sozialversicherung werden dem Unternehmer zahlreiche Pflichten auferlegt, an deren Erfüllung der Beschäftigte ein erhebliches eigenes Interesse hat. Insbesondere hängen von der richtigen Erfüllung der Pflichten, die dem Unternehmer gegenüber der Invaliden-, Angestellten- und Knappschaftsversicherung obliegen, die zukünftigen Ruhegeldansprüche des Beschäftigten ab, deren außerordentliche Wichtigkeit für den Beschäftigten auf der Hand liegt. Diese Pflichten sind, so wie sie in der Sozialversicherung niedergelegt sind, ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur, sodaß nach der bisher in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Meinung[41]) der Beschäftigte nur dann auf Grund des Arbeitsverhältnisses[42]) auf ihre Erfüllung bezw. — was praktisch allein von Bedeutung war — auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen konnte, wenn der Unternehmer sie ausdrücklich oder stillschweigend auch als vertragliche

---

[39]) Vgl. auch Hueck in Anmerkung zu RAG 32, 28.

[40]) Vgl. RAG 26, 115 31, 58 mit Anmerkungen von Hueck. Bedauerlicherweise ist das RAG in seinen Entscheidungen nicht auf die Frage eingegangen, ob ein Beschäftigter von dem Unternehmer überhaupt die Durchsetzung seines Pensionsrechtes verlangen kann, wenn der Anspruch des Unternehmers gegen die Kasse abtretbar ist. Allerdings hätte nur der Tatbestand der Entscheidung 31, 58 Anlaß zur Untersuchung dieser Frage geboten.

[41]) Hueck in HN S. 264, 265; Kaskel-Dersch S. 218; heute noch Molitor S. 117; Krohn — Zschimmer — Knoll — Sauerborn § 1426 RVO Anm. 4; Dersch Zeitschr. AfDR 1936, 1039, Anm. zu RAG 20, 15 (30); RAG 20, 15 mit weiteren Nachweisen und 26, 39.

[42]) Auf die schon ehemals sehr umstrittene Frage, ob der Beschäftigte einen außervertraglichen Anspruch auf Grund des § 823 II BGB hat, wird in Abschnitt VI noch näher eingegangen.

Pflicht übernommen hatte. Allerdings war man geneigt, eine stillschweigende Vereinbarung immer schon dann anzunehmen, wenn es üblich war, daß das Versicherungsgeschäft vom Unternehmer alleine besorgt wurde, dieser also die Versicherungspflicht feststellte, die Anschaffung von Quittungskarten veranlaßte und für das Kleben der Marken Sorgen trug[43]).

Wie Dersch zutreffend hervorgehoben hat[44]), handelte es sich dabei jedoch in vielen Fällen um eine reine Fiktion, zu der man veranlaßt war, weil man es ablehnte, einen solchen Anspruch unmittelbar aus dem Dienstvertrag herzuleiten[45]). § 2 II AOG bietet uns heute die Möglichkeit, diese Fiktion zu vermeiden; es fragt sich jedoch, inwieweit das zweckmäßig und berechtigt ist:

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Fürsorgepflicht vom Unternehmer verlangt, daß er auch die ihm durch die Sozialversicherung auferlegten Pflichten ordnungsgemäß erfüllt, da davon das Wohl seiner Beschäftigten in erheblichem Maße abhängt. Gegen die Anerkennung einer Rechtspflicht könnte jedoch sprechen, daß damit die Grundlage für Schadenersatzansprüche der Beschäftigten gegeben wäre, die zu einer ganz außerordentlichen Belastung des Unternehmers führen könnten. Müßte er doch unter Umständen dem invalid gewordenen Beschäftigten bis an sein Lebensende deswegen eine Rente zahlen, weil er es versäumt hat, etliche Marken rechtzeitig zu kleben. Handelt es sich um ein kaufmännisch eingerichtetes Unternehmen, in welchem das ganze Versicherungsgeschäft büromäßig vorgenommen wird, so wird man den Unternehmer wohl ohne große Bedenken dafür verantwortlich machen können, daß keine Versäumnisse vorkommen[46]). Darauf läuft auch praktisch die bisherige Rechtsprechung des RAG hinaus. Zweifelhaft aber muß es erscheinen, ob dies auch bei einem kleinen Unternehmer, einem Handwerker, einem Haushaltvorstand angebracht ist, der nur 1—2 Beschäftigte hat und bei dem daher von einer büromäßigen Erledigung des Versicherungsgeschäftes keine Rede sein kann. Ihn ohne weiteres die Folgen einer Versäumnis tragen zu lassen, erscheint hart, zumal er dadurch möglicherweise wirtschaftlich ruiniert wird. Andererseits ist es aber auch wieder unbillig, den Beschäftigten die ganze Last tragen zu lassen, ihn womöglich im Alter auf die Wohlfahrtsunterstützung zu verweisen, weil der Unternehmer, der das Versicherungsgeschäft in der Hauptsache für ihn erledigt hat, etwas versäumt hat.

Zu einer gerechten Lösung des hier vorliegenden Interessenkonfliktes kommt man nur, wenn man dem Beschäftigten grundsätzlich

[43]) Vgl. RGZ 63, 53; RAG 10, 110 und die in Anm. 41 angegebene Literatur und Rechtsprechung.
[44]) Dersch Anm. zu RAG 20, 15 (30).
[45]) Vgl. dazu ausführlich RGZ 63, 53.
[46]) Rolfwalter Müller JW 1935, 2412 ff.

einen Anspruch aus § 2 II AOG gegen den Unternehmer auf Erfüllung der durch die Sozialversicherung ihm auferlegten Pflichten gibt, wenn man aber andererseits bei der Frage des Schadenersatzes wegen Verletzung dieser Pflicht in ganz besonderem Maße § 254 BGB heranzieht[47]). So wird man z. B. von einem Beschäftigten, der in einem nicht kaufmännisch eingerichteten Betrieb tätig ist, verlangen müssen, daß er sich selber darum kümmert, daß der Unternehmer ihn richtig einstufen läßt und rechtzeitig für ihn die Marken klebt, andernfalls er seines Anspruches wegen Mitverschuldens ganz oder teilweise verlustig geht.

Es ist begrüßenswert, daß auch der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsverhältnisgesetzes eine dementsprechende Regelung vorschlägt[48]).

V. Der Anspruch auf Auskunfterteilung.

Oben ist darauf hingewiesen worden, daß jeder Beschäftigte einen Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses hat, gleichgültig, ob er Dauerangestellter ist, unter § 113 GewO bezw. § 73 HGB fällt, oder nicht. Es fragt sich, ob er darüber hinaus vom Unternehmer verlangen kann, daß dieser Dritten gegenüber nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb Auskunft erteilt. Grundsätzlich wird man die Auffassung ablehnen müssen, daß eine solche Pflicht schon um deswillen nicht bestehen könne, weil das Arbeitsverhältnis schon beendet sei und daher nicht mehr die Grundlage eines Anspruchs auf Auskunfterteilung sein könne[49]). Hueck hat gegen diese „formaljuristische" Auffassung zutreffend ausgeführt[50]), daß es eine merkwürdige Treue sei, die mit dem Wirksamwerden der Kündigung erledigt sei. Darüber hinaus ist diese Meinung nicht einmal für ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis zutreffend: Der Begriff der Beendigung eines Rechtsverhältnisses ist nur ein relativer Begriff und bedeutet im wesentlichen nichts anderes als daß die wichtigsten Rechte und Pflichten, wegen derer das Verhältnis eingegangen ist, zu einem Ende gekommen sind und daß eine Lösung der beiderseitigen Beziehungen eintritt. Wann diese Lösung endgültig beendet ist, wann sich also aus dem ehemaligen Rechtsverhältnis keine Nach-

---

[47]) Dietz in HND § 2 Anm. 17d; Siebert S. 107 ff.; Meißinger JW 1935, 1898 ff.; GrubArbRKartei: Haftpflicht des Arb.Geb. Einzelfälle 1b; zweifelnd Dersch Zeitschr. AfDR 1936, 1039 und Anm. zu RAG 20, 15 (30). A. A. Krohn — Zschimmer — Knoll — Sauerborn § 1426 Anm. 4; RAG 20, 15; 26, 39; LAG Berlin in ArbRKartei: Haftpflicht des Arb.Geb. Einzelfälle 1b.

[48]) Vgl. Hueck Zeitschr. AfDR 1938, 300.

[49]) RAG 26, 256. Ähnlich argumentiert Mansfeld in Anm. zu LAG Duisburg 30, 179 (185), allerdings hinsichtlich eines anderen Anspruches.

[50]) Hueck in Anmerkung zu RAG 26, 256 (262 ff.).

wirkungen mehr ergeben, das hängt ganz von der Art des Rechtsverhältnisses und dem Umfang der wirtschaftlichen und persönlichen Verbundenheit ab, zu der das Rechtsverhältnis geführt hat. Es braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß das BGB nach Beendigung des Dienstverhältnisses, welches es als schuldrechtlichen Austauschvertrag auffaßt, dem Dienstverpflichteten einen Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses gibt (§ 630 BGB), um zu zeigen, daß die hier bekämpfte Auffassung auch im Gesetz keine Stütze findet.

An sich steht daher nichts im Wege, unmittelbar aus § 2 II AOG eine allgemeine Auskunftpflicht des Unternehmers als Nachwirkung des Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Praktische Gründe sprechen jedoch in erheblichem Maße dagegen: Die Erteilung einer Auskunft wird zwar in der Regel für den Unternehmer keinen erheblichen materiellen Aufwand mitsichbringen, wohl aber bedeutet sie für ihn eine Belastung und ein Risiko:

Einmal ist die Erteilung in all den Fällen, in denen der Unternehmer mit dem Beschäftigten nicht ganz zufrieden gewesen ist, unangenehm und schwierig, weil er einerseits eine richtige Auskunft erteilen möchte, andererseits aber dem Beschäftigten nicht schaden will.

Weiter läuft er aber in solchen Fällen auch ein doppeltes Risiko: Vertuscht er den Fehler seines ehemaligen Gefolgsmannes, so setzt er sich einer Schadenersatzklage des ihn um Auskunft bittenden Dritten aus. Gibt er hingegen über dessen Fehler Auskunft, so kann es ihm passieren, daß ihn sein ehemaliger Gefolgsmann wegen falscher Auskunft auf Schadenersatz verklagt. Im Prozeß muß er dann den von ihm behaupteten Fehler des Beschäftigten beweisen und wird darüber hinaus auch noch für jedes Fehlgreifen in der Ausdrucksweise verantwortlich gemacht, durch das dem Beschäftigten ein Schaden entstanden ist[51]). Grundsätzlich wird man daher dem Unternehmer, der um Auskunft angegangen wird, das Recht zusprechen müssen, auf das von ihm erteilte Zeugnis zu verweisen[52]). Hat der Beschäftigte aber an der Auskunfterteilung ein ganz besonderes Interesse und ist dieses dem Unternehmer erkennbar, so verlangt die Fürsorgepflicht von ihm, daß er das Risiko und die Mühe auf sich nimmt und die Auskunft erteilt[53]). Ein solches Interesse wird vor allem dann vorliegen, wenn der Unternehmer nicht ein allgemeines Werturteil über den Beschäftigten abgeben soll — das hat er ja schon im Zeugnis getan — sondern über konkrete Einzelfragen Bescheid geben soll. Müßte der Bescheid ungünstig lauten, so wird es

---

[51]) Vgl. LAG Leipzig 28, 183 und die Anm. Huecks zu diesem Urteil.
[52]) Hueck S. 125.
[53]) Hueck S. 125; Dietz in HND § 2 Anm. 17i; Burchardt in DAR 1935 S. 27 ff.; Molitor S. 145; Hueck in Anm. zu RAG 20, 158 (165 ff.).

sowohl an diesem Interesse fehlen, wie man auch von dem Unternehmer die Auskunfterteilung unter diesen Umständen nicht verlangen kann. Ebenso hat er das Recht, die Auskunft zu verweigern, wenn sein ehemaliger Gefolgsmann ihm gegenüber die Treupflicht verletzt hat.

Erteilt der Unternehmer aber eine Auskunft mit oder ohne rechtliche Verpflichtung dazu, so ist er dem Beschäftigten gegenüber verpflichtet, eine richtige Auskunft zu erteilen. Da es sich auch hier um eine Nachwirkung des Arbeitsverhältnisses handelt, so haftet er für Verschulden seiner Gehilfen nach § 278 BGB[54]). Wenn das RAG in einem solchen Fall dem Beschäftigten nur einen Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB mit der Exulpationsmöglichkeit des § 831 BGB gibt[55]), so setzt es damit den ehemaligen Gefolgsmann jedem beliebigen Dritten gleich, was einen schweren Verstoß gegen die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines Treuverhältnisses bedeutet.

[54]) Vgl. die in Anm. 53 angegebene Literatur.
[55]) RAG 26, 256.

4. Abschnitt.

Wie verhält sich § 2 II AOG zu den Bestimmungen der Tarifordnung, Betriebsordnung und des Arbeitsvertrages?

I. Die Gültigkeit einer gegen den Fürsorgegedanken verstoßenden Bestimmung der Tarifordnung.

Die Fürsorgepflicht des Unternehmers ist hier im Anschluß an eine weitverbreitete Meinung als die Grundpflicht des Unternehmers bezeichnet worden, die durch gesetzliche Bestimmungen und Bestimmungen der Tarifordnung etc. ihren konkreten Inhalt erhält. Es fragt sich, welche Konsequenzen sich aus dieser Auffassung für den Fall ergeben, daß eine Bestimmung der Tarifordnung mit dieser Grundpflicht des Unternehmers nicht zu vereinbaren ist.

Soweit die aus § 2 II AOG abgeleiteten Ansprüche zwingendes Recht darstellen, wie z. B. der bedingte Gratifikationsanspruch[1]), haben anders lautende Bestimmungen der Tarifordnung natürlich keine Wirkung. Daß eine Tarifordnung in dieser Weise gegen den Fürsorgegedanken verstößt, wird praktisch selten vorkommen. Häufiger wird es jedoch sein, daß eine Bestimmung der Tarifordnung dadurch gegen den Rechtsgedanken des § 2 II AOG verstößt, daß sie einen durch den Fürsorgegedanken geforderten Anspruch der Beschäftigten nicht, oder nicht in vollem Umfang anerkennt. Bei einer Treuhändertarifordnung — im Gegensatz zu einem überführten Tarifvertrag — ist ein solcher Verstoß nur dann zu erwarten, wenn sich die äußeren Verhältnisse so gewandelt haben, daß eine ehemals billig erscheinende Regelung zu einer unbilligen geworden ist. Hier Abhilfe zu schaffen, ist gerade die Aufgabe des Treuhänders. Anders wie ein Gesetz soll eine Tarifordnung ja nicht eine endgültige, sondern eine den jeweiligen Verhältnissen angepaßte Regelung bringen. Allerdings kann eine notwendige gewordene Anpassung unter Umständen längere Zeit auf sich warten lassen und dadurch zu Unbilligkeiten führen. Diese aber sind in Kauf zu nehmen[2]) gegenüber dem großen allgemeinen Interesse an der uneingeschränkten Geltung der Tarifordnungen und der Wahrung der Autorität des Treuhänders,

[1]) Vergl. S. 33.

[2]) Vgl. Mansfeld in Anm. zu LAG Hamburg 30, 241 (244), der den Anwendungsbereich des § 2 II AOG als Anspruchsgrundlage auf den tariffreien Raum beschränken will, und Roeder DAR 1938, 112 ff.

die aufs schwerste gefährdet wäre, wenn die Gerichte seiner Entscheidung vorgreifen könnten.

Dasselbe muß auch für die Tarifverträge gelten die durch Aufnahme in das vom Reichsarbeitsminister aufgestellte Verzeichnis als Tarifordnungen weitergelten[3]). Auch sie unterstehen von jetzt an dem Treuhänder der Arbeit[4]), der dafür zu sorgen hat, daß sie geänderten Verhältnissen angepaßt werden. Bei diesen Tarifordnungen kann allerdings noch hinzukommen, daß einzelne ihrer Bestimmungen auch ohne Veränderung der äußeren Verhältnisse gegen § 2 II AOG verstoßen, weil sich seit ihrem Inkrafttreten die Rechtsauffassung gewandelt hat. Nicht gerechtfertigt ist es jedoch, hier eine Parallele zu den Bestimmungen des BGB zu ziehen, die, soweit sie gegen den Gedanken der Betriebsgemeinschaft verstoßen, für nicht mehr anwendbar erklärt wurden[5]). Gerade in dieser Beziehung besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen einem überführten Tarifvertrag und einem nicht außer Kraft gesetzten Gesetz, auf den oben schon einmal hingewiesen worden ist: Das Gesetz will eine endgültige Regelung schaffen, der Tarifvertrag nicht. Der Erlaß eines neuen Gesetzes kann sich, gerade weil Fragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären sind, um Jahre verzögern, sodaß in der Zwischenzeit eine Anpassung an die geänderte Rechtsauffassung mit Hilfe der Rechtsprechung eine zwingende Notwendigkeit ist. Diese Art von Anpassung kann weiter auch noch ein sehr erwünschtes Mittel sein, um die praktische Auswirkung neuer Gedankengänge zu erproben. Anders bei den Tarifordnungen (überführten Tarifverträgen): Sie enthalten eine konkrete, auf die besonderen Verhältnisse zugeschnittene Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, die, wenn es eine gewandelte Rechtsauffassung erforderlich macht, in einer Frist von Wochen, höchstens Monaten geändert, bezw. neu erlassen werden kann. Für sie ist es auch weiter nur von geringer Bedeutung, daß die Rechtsprechung sich mit neuen Gedankengängen auseinandersetzt, da sie es nicht so sehr mit grundsätzlichen Streitfragen, als mit Fragen der praktischen Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu tun haben. Auch hier ist es also angebracht, zeitweise Unbilligkeiten in den Kauf zu nehmen und auf den Erlaß einer neuen Tarifordnung durch den Treuhänder der Arbeit zu warten[6]).

Anders ist die Rechtslage jedoch zu beurteilen in einem Fall, der schon mehreren Gerichten zur Entscheidung vorgelegen hat[7]): Ein

[3]) Vgl. Anordnung des RAM v. 28. 6. 1937 RABl. 1937 I 164.
[4]) Vgl. Anordnung des RAM v. 28. 3. 1934 RABl. 1934 I 85 über die Weitergeltung von Tarifverträgen als Tarifordnungen (I Abs. 1).
[5]) Vgl. 2. Abschnitt unter I und II.
[6]) Vergl. die in Anm. 2 angegebene Literatur.
[7]) Arb.Ger. Ulm 31, 90; LAG Frankfurt 31, 98.

Beschäftigter verlangt für den Musterungstag Lohn, obwohl in der Tarifordnung — einem überführten Tarifvertrag — die Klausel enthalten ist: „Bezahlt wird nur wirklich geleistete Arbeit", und obwohl bei den ausdrücklich aufgezählten Ausnahmefällen der Musterungstag nicht aufgeführt ist. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Lohnanspruch nicht gerechtfertigt wäre, wenn es sich um eine, nach Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht erlassene Tarifordnung handeln würde. Der Wille zum Ausschluß der Lohnzahlungspflicht wäre in einem solchen Fall klar zum Ausdruck gekommen und auch rechtlich beachtlich; denn so wünschenswert die Fortzahlung des Lohnes am Musterungstag an sich ist, so wird sie durch den Fürsorgegedanken doch nicht zwingend gefordert[8]). Ist der Tarifvertrag jedoch vor Einführung der allgemeinen Wehrpflicht vereinbart, bezw. die Tarifordnung vom Treuhänder der Arbeit erlassen worden, so kann man aus der Klausel: „Bezahlt wird nur wirklich geleistete Arbeit", nicht ohne weiteres entnehmen, daß auch für den Musterungstag kein Lohn bezahlt werden soll. Nicht die veränderte Einstellung zur Fürsorgepflicht des Unternehmers ist hier entscheidend, sondern allein die Tatsache, daß die Tarifparteien bezw. der Treuhänder der Arbeit an die Möglichkeit eines Arbeitsausfalles wegen Musterung bei Schaffung des Tarifvertrages bezw. der Tarifordnung nicht gedacht, und auch die Nichteinführung der allgemeinen Wehrpflicht nicht zur stillschweigenden Geschäftsgrundlage gemacht haben. Ihr Wille ist vielmehr in der Tarifordnung weder ausdrücklich noch stillschweigend zum Ausdruck gekommen; die Regelung des Arbeitsverhältnisses weist insofern eine Lücke auf, die nach allgemeinen Grundsätzen auszufüllen ist[9]). Es bedarf also nicht einer besonderen Anordnung des Treuhänders, sondern das Gericht kann von sich aus entscheiden, ob der Unternehmer zur Lohnzahlung verpflichtet ist oder nicht. Dabei darf es jedoch den Rechtsgedanken des § 2 II AOG nicht zur alleinigen Grundlage seiner Entscheidung machen[10]): Liegt es in der Hand der Vertragsparteien, bezw. des Treuhänders, ob am Musterungstag der Lohn gezahlt werden soll oder nicht, so muß deren Wille auch dann maßgebend sein, wenn er nicht eindeutig zum Ausdruck gekommen ist. § 2 II AOG ist also nur zur Auslegung ihres vermutlichen Willens heranzuziehen, nicht aber um diesen Willen mit Hilfe des Fürsorgegedankens zu ersetzen[11]). Letzteres wäre nur dann angängig, wenn ihr Wille zwar zum Ausdruck gekommen, aber, z. B. wegen Unsittlichkeit, rechtlich nicht beachtenswert wäre.

---

[8]) Vergl. Schreiben des RAM an die Reichsgruppe Industrie Arb.Rechtskartei Tagesfragen 160 Nr. 3; LAG Frankfurt 31, 98 und Hueck in Anm. dazu.
[9]) Hueck in Anm. zu LAG Frankfurt 31, 98 und Roeder DAR 1938, 112 ff.
[10]) So anscheinend Arb.Ger. Ulm 31, 90.
[11]) Vergl. Hueck a. a. O.

II. Die Gültigkeit einer gegen den Fürsorgegedanken verstoßenden Bestimmung der Betriebsordnung und des Arbeitsvertrages.

Die Gültigkeit einer gegen den Fürsorgegedanken verstoßenden Bestimmung der Tarifordnung ist hier vor allem damit begründet worden, daß die Tarifordnung vom Treuhänder der Arbeit leicht abgeändert werden kann. Es fragt sich, inwieweit dieselbe Erwägung auch für die Betriebsordnung und den Arbeitsvertrag Gültigkeit hat:

Bei der Betriebsordnung ist zu berücksichtigen, daß sie vom Führer des Betriebes erlassen wird, der, selbst wenn er mit dem Unternehmer nicht personengleich ist, doch im allgemeinen den Unternehmer-Standpunkt teilen wird. Es ist daher die Möglichkeit durchaus gegeben, daß der Führer des Betriebes eine unsoziale, mit dem Rechtsgedanken des § 2 II AOG in Widerspruch stehende Betriebsordnung erläßt, bezw. eine ursprünglich billige Betriebsordnung einem Wandel der Verhältnisse nicht anpaßt. In beiden Fällen kann jedoch die Mehrheit des Vertrauensrates an den Treuhänder der Arbeit appellieren, § 16 AOG, der dann an Stelle des Führers des Betriebes die Entscheidung treffen kann § 19 I Ziff. 3 AOG. Hält die Mehrheit des Vertrauensrates die Anrufung des Treuhänders nicht für nötig, so wird in aller Regel nur ein geringfügiger Verstoß gegen den Fürsorgegedanken vorliegen, zu einer im Gegensatz zur Betriebsordnung stehenden Entscheidung des Gerichts also kein Anlaß sein. Ist der Verstoß gegen § 2 II AOG hingegen so weitreichend, daß die Mehrheit des Vertrauensrates die Anrufung des Treuhänders für geboten erachtet, so würde eine Stellungnahme der Gerichte nur einer Entscheidung des Treuhänders vorgreifen. Eine ähnliche Auffassung vertritt auch das AOG, das in § 16 ausdrücklich bestimmt, daß die Anrufung des Treuhänders der Arbeit die Gültigkeit der Führer-Entscheidung — hier der Betriebsordnung — nicht beeinträchtigt.

Auch hier ist es also geboten, etwaige Ungerechtigkeiten und Härten im Interesse der Rechtssicherheit und der Autorität des Treuhänders hinzunehmen und der Betriebsordnung den Vorrang vor Billigkeitserwägungen zuzusprechen. Etwas anderes ist es selbstverständlich, wenn eine Bestimmung der Betriebsordnung einen derartigen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht des Unternehmers enthält, daß sie unsittlich oder wucherisch und damit nichtig ist.

Widerspricht eine Bestimmung des Arbeitsvertrages dem Rechtsgedanken des § 2 II AOG, so ist die Rechtslage des Beschäftigten erheblich schlechter: Zwar handelt es sich hier nicht um eine einseitig erlassene Ordnung, auf deren Gestaltung der Beschäftigte keinen unmittelbaren Einfluß hat, sondern um einen Vertrag, aber da bei diesem der Unternehmer die wirtschaftlich bei weiterem stär-

kere Partei ist, hat er die Festsetzung der vertraglichen Bestimmungen doch weitgehend in der Hand. Es ist daher sowohl damit zu rechnen, daß eine dieser Bestimmungen von Anfang an mit § 2 II AOG nicht in Einklang steht, als auch damit, daß sie nachträglich unsozial wird und der Unternehmer sich zu ihrer Abänderung nicht bereit erklärt. Eine unmittelbare Anrufung des Treuhänders der Arbeit ist hier nicht möglich (vgl. § 19 AOG)[12]). Dieser kann zwar Richtlinien für den Inhalt von Einzelarbeitsverträgen festsetzen § 32 AOG, und auch unmittelbar durch den Erlaß einer Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis einwirken, aber weder wird er zu einer solchen Maßnahme greifen, wenn es sich nur um einen oder wenige Ausnahmefälle handelt, noch wird er überhaupt nur Zeit haben, sich mit solchen Fällen zu befassen. Es fragt sich also, ob die Gerichte berechtigt sind, Bestimmungen, die gegen § 2 II AOG verstoßen, für unwirksam zu erklären und sie aus dem Geiste dieser Vorschrift heraus zu ersetzen.

Hier wird man von Folgendem ausgehen müssen: Die Interessen der Rechtssicherheit erfordern es, daß nicht jeder geringfügige Verstoß gegen den Fürsorgegedanken schon die Nichtigkeit einer vertraglichen Abmachung zur Folge hat, da sonst die Zahl der Prozesse ins Uferlose wachsen würde. Diese Konsequenz wird man vielmehr nur in ganz besonders schweren Fällen ziehen dürfen, die die Vertragsbestimmung als sittenwidrig bezw. wucherisch und damit nichtig erscheinen lassen, § 138 BGB. Es wäre allerdings denkbar, sich auch hier vom BGB loszulösen und mit dem Begriff eines „schweren Verstoßes gegen die Fürsorgepflicht" zu arbeiten[13]), doch ist dieser Begriff viel abstrakter und inhaltlich unbestimmter, als es die des Wuchers und der Sittenwidrigkeit sind. Zieht man zur Konkretisierung letzterer Begriffe die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft heran, wie es das RAG schon in anerkennenswerter Weise getan hat[14]), so geben sie eine geeignete Grundlage ab für die Entscheidung, wann eine Bestimmung so sehr gegen den Gedanken der Betriebsgemeinschaft verstößt, daß sie nichtig ist, und wann nicht.

Zusammenfassend ist zu sagen: Bestimmungen der Tarifordnung, der Betriebsordnung und des Arbeitsvertrages, die gegen die Fürsorgepflicht des Unternehmers aus § 2 II AOG verstoßen, behalten trotzdem ihre Gültigkeit, es sei denn, sie seien gerade wegen dieses Verstoßes sittenwidrig oder wucherisch.

---

[12]) Die herrschende Meinung nimmt an, daß § 19 AOG die Befugnisse des Treuhänders der Arbeit erschöpfend regelt; vgl. Hueck in HND § 19 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung.

[13]) Wissenschaft und Rechtsprechung haben bisher stets an § 138 BGB festgehalten.

[14]) Z. B. RAG 23, 58 26, 125, 161.

5. Abschnitt:

Die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls mit Hilfe des § 2 II AOG.

Im Vorhergehenden sind vor allem diejenigen Auswirkungen des § 2 II AOG untersucht worden, die für alle, oder doch für einen größeren Kreis von Arbeitsverhältnissen von Bedeutung sind. Wie bei jeder Generalklausel, so liegt aber auch bei § 2 II das Schwergewicht nicht so sehr auf seinen generellen, als auf seinen speziellen Auswirkungen, darauf, daß er es ermöglicht, den besonderen Umständen eines einzigen oder weniger vereinzelter Fälle Rechnung zu tragen. Dem Unternehmer obliegt ja nicht eine schematische, allen Beschäftigten gegenüber gleiche Fürsorgepflicht — eine solche würde dem Gedanken personenrechtlicher Verbundenheit nicht entsprechen — sondern eine individuelle Fürsorgepflicht, die den besonderen Umständen angepaßt ist. Daher können auch gesetzliche, tarifliche, betriebliche oder vertragliche Bestimmungen, die in der Regel mit der Fürsorgepflicht des Unternehmers in Übereinstimmung stehen, im Einzelfall unanwendbar sein, weil ihre Anwendung gegen die guten Sitten verstoßen würde. Z. B. kann die Ausübung eines an sich gegebenen Rechts zur fristlosen Kündigung wegen Sittenwidrigkeit nicht sein, wenn der Beschäftigte kurz vor der Pensionierung steht[1]). Umgekehrt können sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalles auch neue Rechte ergeben, die im allgemeinen nicht anzuerkennen sind. In welchem Umfang das geschehen kann, ist allerdings sehr zweifelhalt, da eine allzu weitherzige Anerkennung solcher Rechte die Gefahr einer „Sozialpolitik der Gerichte" und damit einer erheblichen Rechtsunsicherheit mit sich bringen würde[2]). Allgemeine Richtlinien lassen sich hierfür wohl kaum aufstellen, sodaß es Sache der Praxis sein wird, an Hand von Einzelfällen festzustellen, wo die besonderen Verhältnisse die Ableitung neuer Ansprüche aus § 2 II AOG zwingend erfordern.

So ist z. B. die Frage aufgetaucht, ob eine Angestellte, die an Sonntagen arbeiten muß, einen Anspruch auf Gewährung eines

---

[1]) RAG 31, 58.

[2]) Mansfeld in Anm. zu LAG Hamburg 30, 241 (244). Ebenso Roeder DAR 1938, 113.

freien Wochentages hat, wenn vertraglich nichts Dementsprechendes vereinbart ist. Das LAG Hamburg hat diese Frage mit Recht bejaht, weil man einem Beschäftigten wenigstens einmal wöchentlich die Möglichkeit geben müsse, von der Arbeit auszuspannen und einen ganzen Tag für sich zu verwenden[3]).

Die Praxis hat ferner eine besondere Pflicht des Unternehmers herausgearbeitet, langjährigen Gefolgschaftsmitgliedern, die durch ihre Dienstleistung für den Unternehmer zu der vertraglichen Arbeit untauglich geworden sind, nicht ohne weiteres fristlos zu kündigen, sondern ihnen im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten eine andere, leichtere Arbeit zuzuweisen, die ihrer Stellung entspricht[4]). Unzutreffend jedoch ist es, wenn das RAG in 26, 161 eine dennoch erfolgte Kündigung deshalb für unwirksam erklärt, weil sie sittenwidrig sei. Gerade in dem vom RAG entschiedenen Fall wird man die Kündigung nicht für sittenwidrig halten können, da dem Unternehmer nach § 82 Ziff. 8 Allg. Bergges. das Recht zur fristlosen Kündigung arbeitsunfähiger Gefolgschaftsmitglieder zugestanden und er auch schon während einer längeren Krankheitszeit dem Beschäftigten den Lohn weiter gezahlt hatte. Die Kündigung war hier vielmehr deshalb unwirksam, weil der Unternehmer seiner Pflicht nicht nachgekommen war, dem arbeitsunfähig gewordenen Gefolgsmann eine andere Arbeit zuzuweisen[5]). Obliegt einem Unternehmer aber eine solche Pflicht, so kann er unmöglich das Recht haben, vor ihrer Erfüllung dem Gefolgschaftsmitglied wegen der Arbeitsunfähigkeit zu kündigen. Die Pflicht zur Zuweisung einer anderen Arbeit schließt also das Recht zur fristlosen Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit aus. Diese Pflicht wird man zweckmäßiger Weise unmittelbar aus § 2 II AOG ableiten und nicht nur mittelbar durch einschränkende Auslegung des § 82 Ziff. 8 Allg. Bergges.[6]); denn nicht nur im Falle des § 82 Ziff. 8 des Allg. Bergges. steht dem Recht zur fristlosen Kündigung die Pflicht zur Zuweisung einer anderen Arbeit entgegen, sondern immer dann, wenn nach Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung und Arbeitsvertrag Arbeitsunfähigkeit einen Grund zur fristlosen Kündigung bildet.

Manche Gerichte haben sogar dem langjährig mit dem Betrieb verbundenen Beschäftigten, der ehemals wegen wirtschaftlicher Notlage des Betriebes entlassen worden war, einen Anspruch auf Wie-

---

[3]) LAG Hamburg 30, 241.

[4]) RAG 26, 161; LAG Dortmund 28, 96; LAG Hamburg 30, 149. Daß die Pflicht zur Zuweisung einer anderen Arbeit keine allgemeine Pflicht ist, sondern sich nur aus den besonderen Umständen ergeben kann, wird deutlich an der Entscheidung RAG 31, 100.

[5]) Hueck in Anm. zu LAG Dortmund 28, 96 (99 ff.)

[6]) Hueck a. a. O. Es handelt sich hier nur darum, welche Konstruktion die Rechtslage deutlicher macht. In der praktischen Auswirkung sind sie beide gleich.

dereinstellung zugesprochen, wenn sich die Wirtschaftslage gebessert hatte und damit der Kündigungsgrund nachträglich weggefallen war[7]). An sich wäre es durchaus denkbar, aus § 2 II AOG eine solche Pflicht zur Wiedereinstellung als Nachwirkung des Arbeitsverhältnisses abzuleiten[8]), doch sprechen praktische Gründe in entscheidendem Maße gegen diese Auffassung[9]): Kündigt der Unternehmer einem langjährig Beschäftigten, ohne daß er durch die wirtschaftliche Lage des Betriebes dazu gezwungen wird, so kann er nur zum Widerruf oder zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden. Wählt er das Letztere, so hat der Gefolgsmann keinen Anspruch darauf, doch im Betrieb zu bleiben. Ist der Beschäftigte dagegen aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen entlassen worden, so würde er nach der hier bekämpften Ansicht ein Recht darauf haben, wieder eingestellt zu werden! Das ist ein unmögliches Ergebnis, das umso sonderbarer anmutet, als der Unternehmer ja jederzeit die Möglichkeit haben würde, dem zwangsweise Beschäftigten wieder zu kündigen, der nun allerdings im Kündigungswiderrufsverfahren einen Anspruch auf Entschädigung erhalten würde. Dem Gefolgsmann diesen finanziellen Vorteil zuzuwenden, dürfte aber wohl sicher nicht der Absicht der betreffenden Gerichte entsprechen.

Eine Pflicht zur Wiedereinstellung eines entlassenen Gefolgsmannes ist daher auch nicht mit der Einschränkung anzuerkennen, daß die Gerichte nur nachprüfen können, ob der Unternehmer die Wiedereinstellung aus unsachlichen Motiven oder gar völlig willkürlich abgelehnt hat[10]). Ist eine solche Pflicht nicht vertraglich übernommen worden, so besteht sie höchstens als ethische, nicht aber als Rechtspflicht.

---

[7]) Arb.Ger. Gelsenkirchen 23, 230 27, 93; LAG Dortmund 30, 26; Arb.Ger. Hindenburg 31, 93. In all diesen Fällen handelte es sich darum, daß der Beschäftigte ehemals Angesteller war und nach der Kündigung als Arbeiter weiter im Betrieb blieb. Seinen Anspruch auf Wiederbeschäftigung als Angestellter haben die Gerichte deswegen für gerechtfertigt erklärt, weil er bei seiner völligen Entlassung einen Anspruch auf Wiedereinstellung gehabt hätte.

[8]) A. A. LAG Duisburg 30, 179 und Mansfeld in Anm. zu dieser Entscheidung (184).

[9]) Vgl. zu Folgendem LAG Duisburg 30, 179 und Mansfeld a. a. O.

[10]) LAG Dortmund 30, 26; Arb.Ger. Hindenburg 31, 93.

6. Abschnitt.

Welche Bedeutung hat § 2 II AOG für die außervertraglichen Ansprüche der Beschäftigten?

I. Ansprüche gegen den Unternehmer.

Im Verhältnis zu früher kommt den außervertraglichen Ansprüchen der Beschäftigten gegen den Unternehmer heute nur mehr eine geringe Bedeutung zu: Daß ein Beschäftigter ausschließlich auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung angewiesen sein wird, wird nach der hier vertretenen Meinung[1]) selten vorkommen, einmal, weil das Arbeitsverhältnis als solches nur noch in wenigen Fällen nichtig ist, zum anderen, weil selbst in diesen Fällen der gutgläubige Beschäftigte dadurch geschützt wird, daß dem Unternehmer die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses untersagt ist. Ist der Gefolgsmann bösgläubig, so hat er allerdings nur Ansprüche aus den §§ 812 ff. und 823 ff. BGB, kann sich aber hinsichtlich dieser Ansprüche nicht auf § 2 II AOG berufen, weil dem Unternehmer ihm gegenüber keine rechtliche anerkannten Gemeinschaftspflichten obliegen. Hier interessieren daher nur die Fälle, wo der Beschäftigte neben den vertraglichen, noch außervertragliche Ansprüche hat, in erster Linie also die Ansprüche aus unerlaubter Handlung, die im Folgenden allein untersucht werden sollen.

Diese Ansprüche waren früher vor allem deswegen von Wichtigkeit, weil Wissenschaft und Rechtsprechung die Arbeiterschutzgesetze grundsätzlich nur als öffentlichrechtliche Normen und Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB ansahen, deren Inhalt nicht in den Arbeitsvertrag einging[2]). An anderer Stelle[3]) ist schon hervorgehoben worden, daß diese Auffassung heute überwunden ist und die herrschende Lehre statt dessen die Ansicht vertritt, die vertraglichen Fürsorgepflichten des Unternehmers könnten nicht geringeren Umfang haben als seine öffentlichrechtlichen. Der Beschäftigte wird es daher heute grundsätzlich vorziehen, vertragliche Ansprüche geltend zu machen, da bei diesen der Unternehmer für Verschulden

[1]) Vgl. 2. Abschnitt unter III.
[2]) Vgl. S. 21 Anm. 46 u. 47.
[3]) Siehe Seite 21.

seiner Erfüllungsgehilfen unbeschränkt haftet (§ 278 BGB), während er bei deliktischen Ansprüchen den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB führen kann. Die praktische Bedeutung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung besteht daher heute im wesentlichen darin, daß sie unter Umständen auch auf Schmerzensgeld gehen, das auf Grund Vertrages nicht gefordert werden kann, (vgl. §§ 618 III, 847 BGB).

Damit ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht, muß entweder eine unerlaubte Handlung nach § 823 I oder nach § 831 BGB vorliegen, weil Voraussetzung des § 847 BGB die Verletzung der absoluten Rechtsgüter des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit ist. Für diese beiden Vorschriften spielt nun § 2 II AOG in doppelter Hinsicht eine Rolle[4]): Einmal wird er vielfach die Kausalität eines Unterlassungsdeliktes begründen, weil er die Grundlage zahlreicher positiver Handlungspflichten des Unternehmers ist, zweitens aber wird er für die Frage von entscheidender Bedeutung sein, wann der Unternehmer seiner Sorgfaltspflicht Genüge getan und wann er fahrlässig gehandelt hat.

Eine weitverbreitete Meinung[5]) nimmt weiter an, daß § 2 II AOG für die Deliktsansprüche der Beschäftigten auch insofern von Bedeutung sei, als man heute die Bestimmungen der Sozialversicherung als Schutzgesetze ansehen müsse, die dem Unternehmer eine mit Strafe bedrohte Pflicht zur Erledigung der Versicherungengeschäfte für den Beschäftigten auferlegen, insbesondere die Pflicht zur Abführung der Versicherungsbeiträge. Das RAG hält demgegenüber im Anschluß an seine bisherige Rechtsprechung daran fest[6]), daß es sich bei den betreffenden Bestimmungen um reine Ordnungsvorschriften handelt, die das ordnungsgemäße Funktionieren der Sozialversicherung, nicht aber den Schutz der Beschäftigten bezwecken wollen. Soweit das RAG davon ausgeht, was der Gesetzgeber ehemals bei Erlaß dieser Vorschriften bezweckte, mag es im Recht sein. Zu Unrecht aber leugnet es, daß der Gedanke der Fürsorge und der Betriebsgemeinschaft heute eine andere Auffassung rechtfertigt. Ebenso wie § 2 II AOG dazu führen kann, bestehende gesetzliche Bestimmungen überhaupt nicht mehr anzuwenden, oder über ihren Rahmen hinaus auszuweiten, kann er auch dazu führen, eine Norm, die bisher nicht den Charakter eines Schutzgesetzes trug, nunmehr als solches anzuerkennen. Ob dazu allerdings bei der Auffassung, die in der Wissenschaft heute vielfach vertreten wird, ein Bedürfnis be-

---

[4]) Daß vertragliche Pflichten auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung von Bedeutung sein können, hat schon das Reichsgericht in RGZ 88, 433 anerkannt. Ebenso Staudinger Vorbem. IIIb vor § 823.

[5]) Vor allem Dersch, Zeitschr. AfDR 1936, 1039 und Anm. zu RAG 20, 15 (26 ff.); Dietz in HND § 2 Anm. 17d.

[6]) RAG 20, 15 mit Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung.

steht, muß bezweifelt werden; denn gibt man dem Beschäftigten einen vertraglichen Anspruch auf Erfüllung der dem Unternehmer durch die Sozialversicherungsgesetze auferlegten Pflichten, so hat ein gleichfalls anerkannter deliktischer Anspruch kaum irgendeine praktische Bedeutung.

Auch der weiteren Frage, ob § 2 II AOG als Schutzgesetz in Richtung gegen den Unternehmer anzusehen ist, kommt bei der Ausdehnung der vertraglichen Pflichten des Unternehmers keine praktische Bedeutung zu. Auf sie soll daher hier nicht eingegangen werden.

II. Ansprüche gegen den Führer des Betriebes.

§ 2 II AOG kann schließlich noch von Bedeutung sein für die Ansprüche der Beschäftigten gegen den Führer des Betriebes, der nicht mit dem Unternehmer identisch ist. Grundsätzlich wird es der Gefolgsmann zwar vorziehen, sich an den Unternehmer zu halten, da dieser für gewöhnlich finanziell leistungsfähiger sein wird, als der Betriebsführer. Sollte dies aber ausnahmsweise nicht der Fall sein, z. B. weil über das Vermögen des Unternehmers der Konkurs eröffnet ist, so wird der Beschäftigte den zahlungsfähigeren Führer des Betriebes in Anspruch nehmen wollen. Die Möglichkeit hierzu wird ihm durch die Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB gegeben.

§ 2 II AOG ist für diese Ansprüche, ebenso wie für die deliktischen Ansprüche der Beschäftigten gegen den Unternehmer, dadurch von Bedeutung, daß er vielfach eine Rechtspflicht zum positiven Tun enthält und damit die Kausalität einer Unterlassungsbehandlung begründet, und daß er als Maßstab für die Anforderungen herangezogen werden muß, welche an die Sorgfaltspflicht des Betriebsführers zu stellen sind.

Darüber hinaus kann § 2 II AOG dann von praktischer Bedeutung für die Deliktansprüche der Beschäftigten gegen den Führer des Betriebes sein, wenn er als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB anzusehen ist[7]), weil er dann dem Gefolgsmann die rechtliche Grundlage gibt, auch bei Verletzung eines nicht-absoluten Rechts durch den Betriebsführer diesen in Anspruch zu nehmen.

Untersucht man den Wortlaut des § 2 II AOG daraufhin, ob er ein Schutzgesetz ist oder nicht, so kann man ebensogut zu einer Bejahung, wie zu einer Verneinung kommen:

Entweder argumentiert man: Dem Führer des Betriebes wird vom Staat die Verantwortung für das Wohl der Beschäftigten auf-

[7]) So Dersch S. 32.

erlegt, es handelt sich daher um ein den Schutz des Einzelnen bezweckendes Gesetz[8]). Oder man stützt sich darauf, daß § 2 II AOG ein Satz des Arbeitsverfassungsrechts ist, der nur eine neue Gesinnung schaffen, nicht aber dem Schutz der Beschäftigten dienen will.

Die Entscheidung kann daher nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst gewonnen werden, sondern ist nach praktischen Gesichtspunkten zu treffen: Daß die Interessen der Beschäftigten für die Anerkennung des § 2 II AOG als eines Schutzgesetzes sprechen, versteht sich von selbst, es fragt sich also nur, ob man damit dem Führer des Betriebes eine zu schwere und durch die Verhältnisse nicht gerechtfertigte Last aufbürdet. Diese Frage ist bei richtiger Auslegung des § 2 II AOG zu verneinen:

Es entspricht unserer heutigen Auffassung von Führer-Verantwortlichkeit, daß der Führer des Betriebes, der seine Pflicht verletzt hat, nicht den Unternehmer zwischen sich und den Gefolgsmann stellen kann, sondern für seine Fehler in vollem Umfange selbst einstehen muß. Gerade in seiner persönlichen Verantwortlichkeit liegt ja der Unterschied zwischen seiner Stellung und der eines gewöhnlichen Vertreters, dessen Handlungen nur in der Person des Unternehmers zur praktischen Auswirkung gelangen. Der Vertreter steht nur zu dem Vertretenen in einem näheren Verhältnis und ist daher nur diesem, nicht dem Dritten verantwortlich. Der Führer des Betriebes steht auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft nicht nur zum Unternehmer, sondern auch zur Gefolgschaft in näherer Beziehung. Beiden gegenüber muß er daher die Verantwortung tragen.

Hinsichtlich des Umfanges dieser Verantwortung ist jedoch zu bedenken, daß der Betriebsführer an den materiellen Ergebnissen des Betriebes nicht beteiligt ist und daher auch nicht die materiellen Lasten auf dem Umweg über § 2 II AOG, § 823 II BGB aufgebürdet erhalten darf. Soweit also die Erfüllung der Fürsorgepflicht Lasten mit sich bringt, die typische Betriebsunkosten sind, wie z. B. die Pflicht zur Lohnzahlung, insoweit braucht der Führer des Betriebes selbst bei schuldhafter Verletzung nicht für sie einzustehen[9]).

Handelt es sich dagegen um eine Fürsorgepflicht, die in besonderem Maße Ausdruck der durch das Arbeitsverhältnis geschaffenen personenrechtlichen Verbundenheit ist, so muß nicht nur der Unternehmer, sondern auch der Betriebsführer für deren Erfüllung den Beschäftigten gegenüber einstehen; denn gerade zur Erfüllung dieser Pflichten hat ihn das Gesetz ausersehen, das ihn insoweit zum Stell-

---

[8]) Dersch S. 32 bejaht den Schutzgesetzcharakter des § 2 II AOG.

[9]) Eine Ausnahme wird dann gelten müssen, wenn der Führer des Betriebes gleichzeitig gegen § 826 BGB verstößt.

vertreter des Unternehmers in der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft gemacht hat[10]). Die Fürsorgepflicht des Unternehmers und die des Führers des Betriebes decken sich also nicht. Während man zu jener alle Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis rechnen muß, gehören zu dieser nur solche, die typische Folge der Führerverantwortlichkeit sind, wie z. B. die Pflicht zur Erteilung einer richtigen Auskunft über den Beschäftigten.

[10]) Vergl. oben S. 7, 8.

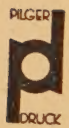
Lebenslauf.

Als Sohn des Arztes Dr. Forell wurde ich am 31. Januar 1913 in München geboren. Dort besuchte ich die Schule bis zur 6. Klasse des Gymnasiums. Die nächsten drei Schuljahre verbrachte ich in dem Landerziehungsheim Schule Schloß Salem in Baden, wo ich 1932 das Abitur bestand. Ich studierte zuerst Volkswirtschaftslehre, ein Semester in München und ein Semester in Oxford in England. Dann ging ich zum juristischen Studium über und studierte weitere drei Semester in Berlin und zwei in Hamburg, wo ich im Herbst 1935 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Auf Grund meiner freiwilligen Meldung diente ich anschließend ein Jahr bei einer Nachrichtenabteilung in Pasewalk in Pommern.

Im November 1936 trat ich im Oberlandsgerichtsbezirk München meinen Vorbereitungsdienst an, in dem ich mich jetzt noch befinde.

München, Mai 1938.


PILGER
DRUCK